Retention und Kompensation

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Bieber
Diplom-Wirtschafter

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1929

Referent: Professor Dr. Henle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN GEWIDMET.

INHALTS-VERZEICHNIS.

Seite

A. Einleitung:

§ 1. Geschichtliche Entwicklung beider Rechtsinstitute . . . 1

B. Hauptteil:

§ 2. Voraussetzungen der Retention und Kompensation: . . . 4

I. ungleichartige:

1) Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht 4

2) Identität bei der Aufrechnung 9

II. gleichartige:

1) Gegenseitigkeit 12

Ausnahmen im Falle:

a) eines Gesamtschuldverhältnisses 13

b) einer Bürgschaft 13

c) einer Gesamtrechtsnachfolge 14

2) Fälligkeit 16

3) Gültigkeit 18

4) Einredefreiheit 19

5) nicht Liquidität 21

§ 3. Rechtliche Natur, Zweck und Grund beider Rechtsinstitute: 22

I. Gegensatz in der rechtlichen Natur 22

II. Gegensatz im Zweck 25

III. Gleichheit im Grund 27

§ 4. Geltendmachung, Umfang und Wirkung der Retention und Kompensation 28

I. Gleichartigkeit in der Geltendmachung 28

II. Gleichartigkeit im Umfang 29

III. Ungleichartigkeit in der Wirkung 30

IV. Ausnahmsweise gleiche Wirkung 35

§ 5. Ausschluß beider Rechte durch: 37

I. gesetzliche Bestimmungen 37

II. vertragliche Abmachungen 42

III. die Natur des Schuldverhältnisses 42

IV. den Zweck des Schuldverhältnisses 43

§ 6. Untergang des Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechts. 44

I. gleichartige Untergangsgründe: 44

II. ungleichartige Untergangsgründe 45

LITERATURVERZEICHNIS.

Lehrbücher, Monographien, Abhandlungen, Dissertationen.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 1. Teil. 8. Auflage. Berlin 1901.

Enneccerus-Kipp-Wollf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 2. Abt., 28./30. Auflage. Marburg 1928.

Hedemann: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin-Leipzig 1921.

Kaskel: Arbeitsrecht. 3. Auflage. Berlin 1928.

Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. München 1910.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Titze: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. Berlin 1926.

Dernburg: Geschichte und Theorie der Compensation. Heidelberg 1868.

Eisele: Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht. Berlin 1876.

Geib: Theorie der Gerichtlichen Compensation. Tübingen 1897.

Fr. Leonhard: Die Aufrechnung. Göttingen 1896.

Schenck: Die Lehre von dem Retentionsrecht nach Gemeinen Rechten. Jena 1837.

Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. (In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Jena 1904.)

Siber: Compensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.

Weigelin: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover 1904.

Beisigel: Aufrechnung und Zurückbehaltung. Das Recht, 21. Jg. 1917. S. 40/41.

Schack: Aufrechnung und Zurückbehaltung. Das Recht, 21. Jg. 1917. S. 190.

Flatow: Das Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen. Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht. XI. Jg. 1917. S. 450 ff.

Goldschmidt: Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 15, S. 153 ff.

Lippmann: Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 43, S. 521 ff.

Pappenheim: Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. Deutsche Juristenzeitung. Bd. 7, S. 86 ff.

Wallroth: Die Versuche einer Durchbrechung des Lohnaufrechnungsverbotes. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 24, S. 250 ff.

Wolff: Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist? Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 26, S. 315 ff.

Breuer: Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Bonn 1904.

Brinkop: Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zur Aufrechnung. Diss. Göttingen 1924.

Erdelbrock: Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung. Diss. Erlangen 1921.

Hartmann: Aufrechnung und Zurückbehaltung. Diss. Breslau 1907.

Krichel: Das Verhältnis der Aufrechnung zum Zurückbehaltungsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Rostock 1907.

Lang: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht und seine Wirksamkeit im Konkurs des Schuldners. Diss. Würzburg 1906.

Rech: Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht. Diss. Bonn 1904.

Reimer: Das Wesen der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. Diss. Breslau 1925.

Richter: Compensation und Retention. Diss. Greifswald 1895.

Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Tübingen 1901.

Schoenenberg: Die Voraussetzungen der in § 273 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches geschaffenen Retentionsbefugnis. Diss. Gießen 1900/1901.

Kommentare:

Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. II. Bd. Leipzig 1918.

Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 13. Auflage. München 1927.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abtlg., 5. Auflage. Berlin 1928.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. II, 1. 4. Auflage. Berlin 1913. Bearbeitet von Siber.

Reichsgerichtsrätekommentar: Kommentar zum BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Auflage. Berlin-Leipzig 1928. I. Bd.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. III. Bd. 12./13. Auflage. Berlin-Leipzig 1926.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 1. Teil. 9. Auflage. München 1928.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. I. Bd. 14. Auflage. Tübingen 1925.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd. Tübingen 1923.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1896.

Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. S. 1897.

Entscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen:

Bd. 14, S. 231; Bd. 50, S. 391; Bd. 52, S. 306; Bd. 54, S. 124; Bd. 57, S. 7; Bd. 58, S. 106; Bd. 59, S. 207; Bd. 72, S. 65; Bd. 73, S. 141; Bd. 77, S. 438; Bd. 78, S. 336; Bd. 79, S. 361; Bd. 80, S. 394; Bd. 83, S. 140; Bd. 85, S. 109; Bd. 85, S. 138; Bd. 85, S. 296; Bd. 91, S. 273; Bd. 93, S. 301; Bd. 94, S. 310; Bd. 102, S. 110; Bd. 106, S. 99; Bd. 108, S. 336.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 53, S. 918; Bd. 55, S. 897.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Juristische Wochenschrift. Jahrg. 07, S. 170^{8}; Jahrg. 09, S. 715^{3}.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht. Jahrg. 1926, S. 629^{3}.

A. EINLEITUNG:

§ 1.
GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG BEIDER RECHTSINSTITUTE.

Im Corpus Juris findet sich keine Gesetzesquelle, welche das Retentionsrecht als ihren Hauptgegenstand selbständig behandelt. Auch gibt es keinen Volks- oder Senatsbeschluß solchen Inhalts, und die wenigen, das ius retentionis betreffenden Bestimmungen scheinen nur eine Anwendung der schon gültigen Vorschriften auf einen besonderen Fall zu sein oder geben Erweiterungen bzw. Beschränkungen. Es ist daher anzunehmen, daß die Lehre des Retentionsrechtes ihre Ausbildung im römischen Recht nur der Praxis zu verdanken hat, was auch aus der Tatsache zu folgern ist, daß die Quellen das Retentionsrecht immer als exceptio, also als eine Schöpfung des prätorischen Rechts, bezeichnen. Eine weitere Schwierigkeit in der geschichtlichen Forschung ist noch der Mangel einer einheitlichen Terminologie. Meist weisen die Bezeichnungen „detentatio", „compensatio" neben der „exceptio" auf ein Zurückbehaltungsrecht hin, während die Worte „retinere" oder „retentio" nicht ausschließlich und nicht immer in dieser Bedeutung gebraucht wurden[1]). Auch im älteren gemeinen Recht wurde die Materie wenig behandelt, und erst die jüngere gemeinrechtliche Doktrin beginnt mit einer Zusammenstellung von Fällen, in denen das Retentionsrecht gegeben ist. Erst spät kam man dazu, nicht allein die Natur des Anspruchs, sondern auch die des Gegenanspruchs und die Beziehung zwischen beiden, also den Konnexitätsbegriff, herauszuschälen, und der Streit in der Literatur dreht sich hauptsächlich um dessen Bestimmung[2]). Auf die wissen-

1) Schenck: S. 1 ff., 33 ff.
2) Schlegelberger: S. 4 ff.

schaftliche Behandlung des Retentionsrechtes zurückblickend, kann man sagen, daß es kaum irgendein Rechtsinstitut gibt, über dessen Charakterisierung die Ansichten vielfältiger auseinander gehen [3]). Einen gewissen Abschluß brachte die Lehre Goldschmidts, für die sich die Rechtsprechung entschied. Nach ihm ist die Voraussetzung der Retentionsbefugnis eine Forderung des Retinenten. Den Rechtsgrund der Retention findet er in der Konnexität der Ansprüche, und diese erachtet er dann für vorhanden, wenn die Ansprüche einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine natürliche, gewollte Einheit bilden [4]).

Ein mehr befriedigendes, einheitlicheres Resultat liefert die geschichtliche Betrachtung der Kompensation. Ursprünglich handhabten im römischen Recht die Richter die Kompensation mit voller Freiheit und Würdigung der konkreten Sachlage. Allmählich aber gewann die Theorie einen prinzipiellen und festen Abschluß: die Aufrechnung wird objektives Recht der Parteien. Dem älteren römischen Recht war zunächst die Kompensation unbekannt, denn der Prozeß der älteren Zeit hätte die Zusammenfassung der Gegenforderungen in einer Verhandlung, wie sie der Zwang zur Kompensation erfordert, nicht gestattet. Auch nachdem der Formularprozeß die legis actiones verdrängte, blieb, wenigstens bei den stricti iuris iudicia, der alte Rechtszustand erhalten. Nur in zwei besonders gearteten Fällen hat man schon zur Zeit der Republik Zwang zur Kompensation auferlegt, nämlich wenn ein argentarius aus seinem Geschäftsverkehr klagte oder verklagt wurde und im Falle einer bonorum emtio, beim Ausbruch des Konkurses über das Vermögen eines Gläubigers und Gegenschuldners. Hier ergibt sich die Zulässigkeit der Kompensation aus dem Gedanken heraus, daß es eine unbillige Härte sein würde, bei einem Konkurse einen Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, zu nötigen, seinerseits seine Schulden voll auszuzahlen, während er umgekehrt für seine Forderungen nur unvollständig befriedigt wird [5]). Auf diese beiden Fälle, die im Justinianischen Recht nicht mehr vorhanden sind, war noch im spätklassischen Recht bis Marc Aurel die Kompensation im stricti iuris iudicium beschränkt. In den bonae fidei iudicia fand die Kompensation jedoch infolge des Ermessens

---

3) Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, S. 974 ff.
4) Dernburg: Compensation, S. 366.
5) Dernburg: Compensation, S. 22 ff.

des Privatrichters allgemeine Anwendung und weitere Ausbildung. Es konnte so ex eadem causa zur Abrechnung von der Klageforderung kommen. An dem Erfordernis der eadem causa hat man auch noch in spät-klassischer Zeit festgehalten und erst mit dem Aufhören des Formularprozesses hat man eine compensatio ex causa dispari im stricti iuris iudicium zugelassen.

Einen Wendepunkt in der Entwicklung des Kompensationsrechts bedeutete das Rescript des Kaisers Marc Aurel, das dem Beklagten die Notwendigkeit nahm, zum Zwecke der Kompensation formell vorgehen zu müssen. Es bestimmte, daß der Beklagte nur in iure die exceptio doli mit Bezugnahme auf seine kompensable Gegenforderung zu opponieren brauchte; wenn dann der Kläger nicht cum compensatione klagte, so sollte der Richter die mit formula pura eingeklagte Forderung als Saldo behandeln, also eine vom Beklagten erwiesene kompensable Gegenforderung von der Forderung des Klägers abziehen, was nach dem damaligen Recht dann mit Notwendigkeit zur Abweisung der Klage wegen plus petitio führte. Dieser Zustand des Kompensationsrechts blieb bis zu Justinian bestehen. Er führte eine Änderung dahin ein, daß die Aufrechnungserklärung nicht mehr vor der lit. contestatio, sondern in jedem Stadium des Prozesses erfolgen könnte. Aus dieser Grundbestimmung ergab sich einerseits die Möglichkeit, auch bei dinglichen Klagen mit nicht-konnexen Gegenforderungen zu kompensieren, andererseits die Notwendigkeit, den Kläger vor schikanöser Prozeßverschleppung zu schützen [6]). Mit dieser Konstitution ist der Rechtszustand geschaffen, der dem BGB. zugrunde liegt.

---

6) Eisele: S. 206/207.

B. HAUPTTEIL:

§ 2.

VORAUSSETZUNGEN DER RETENTION UND KOMPENSATION.

Die Unterschiedlichkeit beider Rechtsbegriffe tritt am schärfsten hervor in dem Erfordernis der Konnexität hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts und der Notwendigkeit der Gleichartigkeit der Forderungen bei der Aufrechnung.

Nach § 273 BGB. ist eine doppelte Konnexität zu unterscheiden: einmal eine innere, sich aus dem Abs. 1 ergebende, bei der ein die Zurückhaltung rechtfertigender Zusammenhang sich aus „demselben rechtlichen Verhältnis" ergibt, zum andern nach Abs. 2 eine äußere, bei der das einheitliche rechtliche Verhältnis nicht vorliegt, die Ansprüche jedoch insofern verknüpft sind, als das Objekt des Hauptanspruchs identisch ist mit dem Gegenstand, der die Verwendungen in sich trägt bzw. den Schaden verursacht hat. Streitig ist, ob in diesen beiden Fällen dieselbe Konnexität vorhanden ist. Während die einen annehmen, daß die Aufzählungen in Abs. 2 nur zum Ausschluß von Zweifeln über die Anwendbarkeit des Abs. 1 gemacht worden sind[7]), also einen einheitlichen Konnexitätsbegriff anerkennen, wollen andere den Abs. 2 nur zum Teil durch Abs. 1 gedeckt sein lassen, demnach die Konnexität kraft Gegenstandes als neue Kategorie neben die Konnexität kraft Rechtsverhältnisses stellen[8]). Zutreffend dürfte die erstere Ansicht sein, auf deren Motivierung jedoch wegen der wenig praktischen Bedeutung der Kontroverse nicht näher eingegangen werden soll. — Was den Begriff der inneren

---

7) So Mot. II S. 42, Schlegelberger S. 83 ff. Oertmann § 273-6 S. 137, wohl auch Planck § 273-1b S. 174.
8) Früher Planck.

Konnexität betrifft, so wird er vom BGB. in der oben erwähnten Form des Abs. 1 umschrieben. Es scheint, daß man absichtlich dieses Erfordernis nicht durch spezielle Beschreibung oder Aufstellung von Kategorien näher präzisiert hat[9]). Die Frage erhebt sich nun, was unter diesem „rechtlichen Verhältnis" zu verstehen ist. Zunächst ist rein terminologisch festzuhalten, daß jene Bezeichnung nicht einfach identisch ist mit „Rechtsverhältnis", wie ein Teil der früheren Schriftsteller glaubt[10]. Aber abgesehen davon sind verschiedene, mehr oder weniger enge Auslegungen dieses Begriffs zu unterscheiden. Die weiteste, von Endemann vertretene Auslegung fordert einen an die innere und gewollte Abhängigkeit gegenseitiger Verpflichtungen wenigstens anklingenden Zusammenhang auch für die beiden an sich selbständigen Schuldverhältnisse. Sie sieht eine Konnexität dann als gegeben an, wenn die Entstehungsgründe sich zwar aus verschiedenen selbständigen Tatbeständen herleiten, jedoch aus einer „Wurzel" entsprungen sind, und wenn sie der Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit voneinander stehen[11]). Einschränkender legt Rech den Konnexitätsbegriff aus. Er kommt nach genauer Definition des Begriffs des Rechtsverhältnisses zu dem Ergebnis, daß ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht, also Konnexität, nur dann vorliege, wenn die Tatbestände der beiden Ansprüche in der Weise miteinander verwandt sind, daß die ihnen gemeinschaftlichen tatsächlichen Merkmale ihrerseits einen Tatbestand darstellen, auf welchen eine Rechtsnorm angewendet werden kann. Und zwar ist dies dann möglich, wenn der Tatbestand des einen Anspruchs in dem des anderen „aufgeht", oder wenn den Tatbeständen der beiden Ansprüche je nur eine kleinere Zahl von tatsächlichen Merkmalen gemeinsam ist[12]). Begriffsnotwendig ist also nach Rech Identität mindestens eines Tatbestandsmomentes und Unterstellung desselben unter eine Rechtsnorm. Enger scheint Schoenenberg das Rechtsverhältnis zu verstehen, wenn er als Voraussetzung desselben ein „Aufgehen" des Tatbestandes des einen Anspruchs in dem des anderen fordert[13]). Im engsten Sinne interpretiert Schlegelberger die Konnexität. Nach

---

9) Mot. II S. 42.
10) Schoenenberg S. 34, Rech S. 12 Anm. 1.
11) Endemann § 126-1 S. 709.
12) Rech S. 55.
13) Schoenenberg S. 34 ff.

ihm beruhen Verpflichtung und Gegenanspruch auf demselben, d. h. auf einem einheitlichen rechtlichen Verhältnis, wenn sie sich auf Rechtsregeln gründen, welche einem vom BGB. anerkannten Rechtsinstitut angehören[14]). Es muß demnach Identität des Tatbestandes gegeben sein. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Reimer ein, der „dasselbe rechtliche Verhältnis" dadurch charakterisiert, daß entweder die zwischen den beiden Anspruchsberechtigten bestehenden rechtlichen Beziehungen miteinander verwandt sind durch die Gemeinsamkeit gewisser Tatbestandsmerkmale oder mindestens einer Tatsache in den beiderseitigen Tatbeständen und der Möglichkeit der Anwendung einer Rechtsnorm auf diese gemeinsamen Tatsachen — was der Formulierung Rechs entspricht — oder daß die vorhandenen tatsächlichen Beziehungen miteinander verwandt sind durch die Gemeinsamkeit gewisser Tatbestandsmerkmale oder mindestens einer Tatsache in den beiderseitigen Tatbeständen, ohne daß sich jedoch eine Rechtsnorm auf diese gemeinsamen Tatsachen anwenden läßt[15]).

Kritisch ist zu den wiedergegebenen Ansichten zu bemerken, daß mit der Notwendigkeit einer Identität des Tatbestandes das Anwendungsgebiet des Zurückbehaltungsrechts zu sehr eingeengt würde, ganz abgesehen davon, daß man über das Vorliegen eines solchen immer streiten könnte. Andererseits dürfte die Auffassung Endemanns zu weitgehend sein, während die Formulierung Rechs zu formalen Ergebnissen unter Außerachtlassung der tatsächlichen Verhältnisse führt[16]). Den letzteren trägt die von Reimer gegebene Definition am meisten Rechnung, die sich im Ergebnis mit der herrschenden Lehre deckt. Sie stellt es nicht nur auf die Identität der Merkmale, sondern auf die des Zweckes ab. Zu bejahen ist somit das Vorliegen desselben rechtlichen Verhältnisses nicht nur, wenn die Ansprüche demselben Schuldverhältnis entspringen, also bei den gegenseitigen, unvollkommen zweiseitigen und einseitigen Verträgen, sondern darüber hinaus können auch Einzelansprüche aus verschiedenen Verträgen oder sonstigen Schuldverhältnissen, auch solche aus Vertrag und Delikt, sowie schuldrechtliche und dingliche und auch familienrechtliche oder erbrechtliche Ansprüche konnex

---

14) Schlegelberger S. 84.
15) Reimer S. 25.
16) Oertmann § 273 - 2b S. 132.

sein[17]). Voraussetzung ist nur, wie in der grundlegenden Entscheidung des RG. 14, 234 schon ausgeführt wurde, eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses, welche nicht minder wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent von dem anderen die Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung aber seinerseits nicht gewähren will. Außerdem wird in der Literatur und Rechtsprechung eine Konnexität als vorliegend erachtet, wenn ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Ansprüchen besteht, so daß eine Geltendmachung des einen Anspruchs ohne Rücksicht auf den anderen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar ist[18]). Auch ein innerlich zusammenhängendes Lebensverhältnis, das gegeben sein kann, wenn den beiden Forderungen ein einheitliches tatsächliches Rechtsverhältnis zugrunde liegt und der Zusammenhang ein natürlicher wirtschaftlicher ist, kann eine Konnexität bewirken, wenn der gemeinsame Zweck, der Parteiwille oder die Verkehrssitte einer Auseinanderreißung widerstreben[19]). So wird ein Zurückbehaltungsrecht anerkannt in Hinsicht auf die Rückgabe gegenseitiger Leistungen auf einen gar nicht zustande gekommenen, nur vermeintlich abgeschlossenen Vertrag und auf einen nichtigen Vertrag[20]), oder wenn ein Fabrikgebäude und die dazugehörigen Maschinen in zwei selbständigen Kaufverträgen veräußert wurden, oder wenn verschiedene Abschlüsse innerhalb einer Geschäftsverbindung vorgenommen wurden und gleichartige Waren zum Gegenstand hatten, man also frühere Leistungen fortsetzte[21]). Selbst dann wird eine Retentionsbefugnis zugesprochen, wenn der Kläger auf Grund desselben Rechtsverhältnisses, auf dem sein Anspruch beruht, in einem Vorprozeß einen unbegründeten Einspruch erhoben hat und der Beklagte die Erstattung der Prozeßkosten verlangt[22]). Infolge des Konnexitätserfordernisses ist der Kreis, der dem Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf den Gegenstand der Forderungen gezogen ist, ein

17) Staudinger § 273-1a S. 238, Staub, Vorb. § 369 HGB. I 1 A 4b S. 712, Kreß S. 570 u. a.

18) RG. 78, 336.

19) RG. 57, 7, RG. 72, 65, Gruch. 51, 166, Planck § 273-2a S. 172, Oertmann § 273-2b S. 133 u. a.

20) RG. 108, 336.

21) Staub Vorb. § 369 HGB. I 2b A 5 S. 714.

22) Warneyer § 273-II S. 458.

verhältnismäßig kleiner. Sowohl obligatorische als auch dingliche Ansprüche können retiniert werden, denn auch sie sind Ansprüche, und § 273 redet von solchen allgemein[23]). Die Ausdehnung auf letztere ist allerdings nicht unbestritten und wird teils mit der Begründung verneint, daß das obligationsrechtliche Zurückbehaltungsrecht nach § 273 und das sachenrechtliche nach § 1000 zwei selbständige Rechtsgebilde seien[24]), wogegen jedoch mit Recht eingewendet wird, daß aus der Sonderbestimmung des § 1000 sich kein Umkehrschluß im Sinne einer Unzulässigkeit des Retentionsrechts in den sonstigen Fällen dinglicher Ansprüche ziehen läßt[25]).

Retinierbar sind zunächst körperliche Sachen, sowohl bewegliche als auch unbewegliche, wobei es nicht notwendig ist, daß die Sachen einen Vermögenswert haben oder pfändbar sind[26]). So können Pfandscheine, Grundschuldbriefe, Sparkassenbücher oder sonstige Legitimationspapiere, auch Versicherungspolicen zurückbehalten werden[27]). Das Zurückbehaltungsrecht an letzteren ist allerdings nicht unbestritten, da sie nicht selbständige Träger eines Schuldverhältnisses sind, vielmehr lediglich zum Beweise eines solchen dienen. Nicht nur Sachen können zurückbehalten werden, sondern auch Handlungen, da das Gesetz die Bezeichnung „Zurückbehaltung" nur bildlich gebraucht[28]), z. B. Erteilung von Unterricht, Vornahme einer Reparatur. Voraussetzung ist dabei, daß sie als Leistung und Gegenleistung im Verhältnis von Zug-um-Zugleistung stehen, was aus § 374 BGB. gefolgert wird, wobei eine Durchführung der Zug-um-Zugleistung wiederum nur möglich ist, wenn die beiderseitigen Leistungen vorübergehender Art sind. Andernfalls besteht kein Zurückbehaltungsrecht[29]). Auch muß eine Nachholung der Handlung, welche noch als Erfüllung der Obligation erscheint, möglich sein, weshalb es sich z. B. nicht um Obligationen handeln darf, bei denen

---

23) Schlegelberger S. 92 ff., Staudinger § 273 - II 2 S. 244, u. a.

24) Rieger S. 17.

25) Oertmann § 273 - 1b S. 131.

26) Planck § 273 - 1a S. 166, RGR. Kom. § 273 - 1 S. 440.

27) Staudinger § 273 - II 2a S. 244, Schlegelberger S. 114 ablehnend.

28) Schollmeyer § 273 - 1b S. 89, Staudinger § 273 - II 2a S. 244.

29) Kreß 4 A - a S. 570, Staub Vorb. 369 HGB. - I. 1 A 2 S. 710.

die Einhaltung der Leistungszeit derartig wesentlich ist, daß die Verspätung der Leistung gleich gänzlicher Nichterfüllung sein würde[30]). Das Retentionsrecht kann auch in Bezug auf Unterlassungen ausgeübt werden, wobei jedoch ganz besonders den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen ist, vor allem, ob nicht so gänzliche Nichterfüllung der Obligation bewirkt wird[31]). Daher wollen einige Schriftsteller nur bei fortgesetzten Ommissivhandlungen eine Zurückhaltung erlauben[32]). Zu erwähnen ist in dieser Verbindung noch, daß das Retentionsrecht dem Schuldner auch inbezug auf ihm nicht gehörige Sachen gegeben wird, welche er dem Gläubiger herausgeben muß, wobei es nicht unbestritten ist, ob sich das Recht, zu dessem Schutze es gegeben ist, gegen den verpflichteten Gläubiger selbst richten muß oder ob es sich auch gegen Dritte und deren Vermögen richten darf[33]).

Die äußere Konnexität ist im Gegensatz zu der inneren in dem Abs. 2 des § 273 eindeutig festgelegt und bietet daher wenig Anlaß zu Streitfragen. Sie gründet sich entweder darauf, daß der Schuldner auf einen herauszugebenden Gegenstand Verwendungen gemacht hat, wobei der Gegenstand nicht nur ein körperlicher, sondern auch ein Recht sein kann. Oder der Schuldner muß durch einen herauszugebenden Gegenstand einen Schaden erlitten haben, in welchem Falle allerdings der Gegenstand nur eine Sache sein kann[34]).

Bei der Aufrechnung ist nicht eine Gleichartigkeit des Schuldgrundes, Entstehungsgrundes, sondern eine Identität des Gegenstandes der Forderungen Voraussetzung für ihre Geltendmachung. Ihr steht daher ein weiteres Anwendungsgebiet zu als dem Zurückbehaltungsrecht. Grundsätzlich muß bei verschiedener Höhe der Forderungen der Leistungsgegenstand teilbar sein[35]), weshalb die Kompensation unbedenklich bei Gattungsschulden zugelassen ist. In bezug auf Geldleistungen wollen einige Schriftsteller nur zwischen

---

30) Schollmeyer a. a. O.

31) Schollmeyer a. a. O., Schlegelberger S. 139, Staudinger a. a. O.

32) Oertmann § 273 - 4a S. 134, Staudinger a. a. O., Schollmeyer a. a. O.

33) Erstere Ansicht Endemann § 126 - 2c S. 712/713, letztere Ansicht Schollmeyer a. a. O.

34) Staudinger § 273 - I. 2a S. 241.

35) Weigelin S. 104, Planck § 387 - 1c S. 526.

solchen gleicher Währung aufrechnen lassen[36]), wohingegen das RG. 106, 99 auch die Aufrechnung einer in deutscher Währung entstandenen Forderung gegen eine in ausländische Währung ausgedrückte, im Inland zu bezahlende Forderung gestattet[37]). Eine Kompensation zwischen Speziesforderungen ist nur zulässig, wenn der Schuldner denselben Gegenstand, den er schuldet, verlangen kann[38]). Allgemein wird anerkannt, daß Speziesforderungen auch gegen Gattungsschulden aufgerechnet werden können, wenn die zu fordernde spezielle Leistung alle Eigenschaften der generisch geschuldeten Leistung aufweist[39]). Aufrechenbar sind auch Forderungen auf die engere Gattung gegen solche auf die weitere, sowie Ansprüche auf Sachen besserer Beschaffenheit gegen solche auf Gegenstände schlechterer Qualität[40]). Letzteres gilt allerdings nicht unbeschränkt, sondern nur, wenn die auf die geringere Qualität gerichtete Schuld so gemeint ist, daß mindestens diese zu leisten, dagegen der Schuldner auch berechtigt sein soll, eine Sache besserer Güte zu liefern[41]). Nicht allein hinsichtlich Forderungen auf vertretbare Sachen, sondern auch in bezug auf solche auf vertretbare Handlungen wird eine Kompensation für zulässig erklärt, wenn es auf die Person nicht ankommt[42]). Im Sinne der Erfüllungsfunktion der Aufrechnung ist die Gleichartigkeit aber noch weiter auszulegen. So kann man nach allgemeiner Ansicht eine Forderung auf Geld gegen einen Anspruch auf Wertpapiere aufrechnen, wenn es nach dem Geschäftszweck nur auf den Wert, nicht auf die besondere Verkörperung ankommt[43]), sowie eine Alternativforderung gegen eine solche einfacher Art, falls der Wahlberechtigte sich für den dem Leistungsgegenstand der Forderung gleichartigen Gegenstand entscheidet. Was den Zeitpunkt des Bestehens der Gleichartigkeit betrifft, so braucht die aufzurechnende Forderung nicht von vornherein auf gleich-

---

36) Weigelin S. 104, Kreß A-c Anm. 15 S. 556.

37) desgl. Fischer-Henle § 387-4 S. 304.

38) Kreß a. a. O.

39) Enneccerus § 293-IV. Anm. 21 S. 216, Siber S. 109, Schollmeyer § 387-1b S. 331.

40) Planck § 387-1c S. 526, Siber 109, Weigelin S. 106.

41) Weigelin S. 107, Siber 3. 110, Eisele S. 316.

42) Planck a. a. O., Schollmeyer a. a. O. - a. M. Eisele S. 319.

43) Oertmann § 387-1b S. 441, RGR. Kom. § 387-3 S. 411, Planck a. a. O.

artige Gegenstände gerichtet zu sein, vielmehr genügt es, wenn sie in dem Zeitpunkt vorliegt, wo die Kompensation erfolgt. Eine Speziesforderung, auch ein dinglicher Herausgabeanspruch braucht daher erst zu dieser Zeit in einen Geldanspruch übergegangen zu sein[44]). Auf Grund des § 391 BGB. Abs. 1 ist ebenfalls eine Verschiedenheit des Leistungsortes irrelevant, es sei denn, daß derselbe für die Leistung wesentlich ist[45]). In beiden Fällen wird ein Ersatz des Ortsinteresses dem Gläubiger zuzubilligen sein[46]). Umstritten ist, ob man Forderungen kompensieren kann, die keinen Vermögenswert haben[47]), oder bei einer Ungleichheit des Zwecks der Leistung, eine Frage, die im Falle der Aufrechnung eines Anspruchs auf Zahlung einer Darlehnsvaluta gegen eine Geldforderung praktisch wird. Das RG. 52, 306 verneint diese Möglichkeit mit der Begründung, daß jener Anspruch nicht einfach auf Zahlung gehe, sondern auf Abschluß eines Darlehnrealvertrages, wobei es betont, daß in einem solchen Falle nicht eine bloße Ungleichartigkeit des Grundes in Rede stehe, sondern eine Verschiedenheit des Leistungsinhalts[48]). Eine Gleichartigkeit der Forderungen wird aber dann anzunehmen sein und damit die Möglichkeit der Aufrechnung, wenn der Darlehnsvorvertrag schon abgeschlossen ist und der Anspruch nur noch auf die Leistung des Darlehnsgeldbetrages geht[49]). Unzweifelhaft liegt eine Identität des Gegenstandes nicht vor beim Gegenüberstehen von Speziesschulden und Gattungsschulden oder zwischen Forderungen auf Unterlassungen und unvertretbare Handlungen[50]). Desgleichen kann auch nicht gegenüber einer Geldforderung aufgerechnet werden mit einem Anspruch auf eine Handlung[51]) oder mit einer Forderung auf Befreiung von einer Schuld[52]). Nicht kompensabel ist schließlich eine Baugeldforderung[53]) oder das dingliche Hypothekenrecht gegen eine persönliche Schuld[54]).

44) RG. 73, 141, Endemann § 145-2 Anm. 9 S. 829.
45) Kreß A-c S. 556, Enneccerus § 293-IV.2 S. 216.
46) Kreß a. a. O. Anm. 17, Siber S. 108.
47) Weigelin S. 104 bejahend, Siber S. 110 verneinend.
48) Ebenso Enneccerus § 293-IV Anm. 20 S. 216, Kreß a. a. O. Anm. 15 a. M. Oertmann § 387-1b S. 411/412, Planck § 387-1c S. 526.
49) Kreß A-c Anm. 15 S. 556.
50) Planck § 387-1c S. 526, Siber S. 110.
51) Leonhard S. 486.
52) RGR. Kom. § 387-3 S. 587.
53) Planck a. a. O., a. M. Warneyer § 387-III. 2 S. 663.
54) Oertmann-1b S. 412, Warneyer a. a. O.

Sind Konnexität bzw. Identität die beiden unterschiedlichen Voraussetzungsmomente des Zurückbehaltungs- bzw. Aufrechnungsrechts, so lassen sich doch auch Voraussetzungen gleicher Art feststellen.

Zunächst muß bei beiden Rechtsinstituten eine Gegenseitigkeit von Anspruch und Gegenanspruch vorliegen, d. h., der retinierende bzw. aufrechnende Schuldner muß Gläubiger dessen sein, gegenüber dem er zurückhalten bzw. aufrechnen will. Dieses Erfordernis ist grundsätzlicher Art und wird nur durch wenige später zu besprechende Ausnahmen durchbrochen. Deshalb ist eine Zurückhaltung oder Aufrechnung nur gegenüber dem Gläubiger des Zurückhaltenden bzw. Aufrechnenden, nicht auch gegenüber Dritten zulässig[55]). Allerdings wird es für möglich erachtet, mittels eines Aufrechnungsvertrages mit dem Gläubiger auch durch Kompensation einer eignen Forderung eine fremde Schuld zu tilgen. — Ebenfalls kann weder zurückbehalten noch aufgerechnet werden gegenüber dem Erben wegen einer Nachlaßforderung an den Nachlaßschuldner[56]). In Hinblick auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit wird ein Zurückbehaltungsrecht wegen Auslagen demjenigen abgesprochen, der dem Pfändungsgläubiger, welcher die Sache pfänden ließ, zur Herausgabe verpflichtet ist[57]). Dem Grundsatz der Wechselseitigkeit der Ansprüche entsprechend ist es nicht möglich, die Schuld eines Ehemanns gegen eine Gegenforderung seiner Frau oder die Forderung eines Schuldners an den Kommittenten gegenüber dem Kommissionär aufzurechnen[58]). Streitig ist die Statthaftigkeit der Kompensation beim Nießbrauch und dem Pfandrecht an einer Forderung. Überwiegend wird mit Durchbrechung des obigen Prinzips dem Schuldner erlaubt, Gegenforderungen an den Nießbraucher bzw. Pfandgläubiger aufzurechnen, denn es wäre nicht ersichtlich, weshalb man den Schuldner zwingen sollte, dem Nießbraucher bzw. Pfandgläubiger das zu leisten, was dieser ihm sofort wieder zurückzugewähren hätte[59]). Im selben Sinne wird dem Schuld-

---

55) Schollmeyer § 273-1a S. 88, § 387-1a S. 330. Leonhard S. 377, Siber 3. 97.

56) Staudinger § 273-II. 2d S. 245, Enneccerus § 293-I. 3 Anm. 12 S. 214 u. A.

57) Schollmeyer § 273-1a S. 88. a. M. Fischer-Henle § 273-4 S. 219, Grüch. 53, 918.

58) Schollmeyer § 387-1a S. 330.

59) RG. 58, 106, Oertmann § 387-1a S. 411, Weigelin S. 93 u. a. a. M. Siber S. 97.

ner im Falle der Inkassozession erlaubt, mit seiner Forderung an den Zedenten dem Inkassozessionar gegenüber aufzurechnen [60]).

Ist der Grundsatz der Wechselseitigkeit der Ansprüche in den letzten Fällen nicht zweifellos, so wird er nach allgemeiner Ansicht für das Zurückbehaltungsrecht bei einem Gesamtschuldverhältnis durchbrochen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß bei solchen gesamtschuldnerischen Rechtsbeziehungen die durch die Einheit der Leistungen zusammengefaßten Einzelschuldverhältnisse selbständig nebeneinander fortbestehen und ihrem Inhalt nach verschieden sein können. Daher kann auch die Verpflichtung eines einzelnen Gesamtschuldners mit einer ihm allein gegen den Gläubiger zustehenden Forderung eine derartige Verbindung haben, daß er zur Retention berechtigt ist [61]). — Für die Aufrechnung gilt diese Ausnahme nicht: Der Gesamtschuldner kann nicht Gegenforderungen des anderen (§ 422 Abs. 2) und der Schuldner nicht gegen die Forderung eines Gesamtgläubigers eine Gegenforderung an die anderen aufrechnen (§ 429 Abs. 3 BGB.). Ebensowenig kann ein Gesellschafter seine Schuld gegenüber einer Gesellschaftsforderung zur Aufrechnung bringen (§ 718 Abs. 2 BGB.), wie auch der Schuldner einer zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderung nicht mit einer ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung kompensieren kann (§ 719 Abs. 2 BGB.). Schließlich ist auch dem Miterben einer Erbschaftsforderung, da diese sämtlichen Miterben zur gesamten Hand zusteht (§ 2040 Abs. 1 BGB.), die Aufrechnung zu versagen, während andererseits der Miterbengemeinschaft auch nicht das gegenüber zur Aufrechnung gebracht werden kann, was der einzelne Miterbe schuldet (§ 2040 Abs. 2 BGB.). Denn ebenso wie die Gesellschaftsforderung steht auch die Nachlaßforderung der Gemeinschaft der Gesellschafter bzw. Miterben zur gesamten Hand zu.

Für beide Rechtsinstitute ergibt sich eine Abweichung von dem Gegenseitigkeitserfordernis in den Fällen der Bürgschaft und der Gesamtrechtsnachfolge.

Beim Vorliegen eines Bürgschaftsverhältnisses kann gemäß § 768 Abs. 1 BGB. der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden dem Gläubiger gegenüber geltend machen, also auch wegen einer konnexen Gegenforderung

---

60) RGR. Kom. § 387 - 2 S. 587, für den umgekehrten Fall
61) Schlegelberger S. 109.

des Hauptschuldners die Retentionseinrede, wenn er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird[62]). Was in einem solchen Falle die Möglichkeit einer Aufrechnung anbetrifft, so kann der Bürge eine Gegenforderung des Hauptschuldners nicht zur Kompensation bringen, da eine diesbezügliche Bestimmung im BGB. nicht enthalten ist[63]). Jedoch kann er eine eigene Forderung gegen den Gläubiger mit seiner eigenen Bürgschaftsschuld aufrechnen, so daß die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn übergeht[64]). Im Falle der Abtretung einer Forderung, §§ 404—408 BGB., kann der Schuldner ein schon dem Zedenten gegenüber begründetes Zurückbehaltungsrecht nach allgemeiner Ansicht auch dem Zessionär gegenüber geltend machen[65]). Der gegenteiligen, von Schollmeyer vertretenen Ansicht hält Staudinger mit Recht entgegen, daß der Gläubiger nur einfach seinen Anspruch abzutreten brauche, um das Zurückbehaltungsrecht seines Schuldners zu beseitigen[66]). Voraussetzung ist dabei aber, daß das Zurückbehaltungsrecht zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet war. Er versagt also gegenüber dem neuen Gläubiger, wenn die Gegenforderung zur Zeit der Abtretung noch nicht fällig war, oder wenn der Schuldner die Gegenforderung erst nach der Abtretung erwarb, ein Ergebnis, das aus dem § 404 BGB. zu folgern ist[67]). Andererseits kann auch der Zessionar des Retinenten das Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn er Schuldner der konnexen Hauptforderung ist. Allerdings ist in § 401 Abs. 1 BGB. dieses Nebenrechts keine Erwähnung getan, jedoch wird allgemein angenommen, daß dieser Vorschrift eine über den Wortlaut hinausgehende Bedeutung zukommt und daß sie sich auch auf andere Nebenrechte, also ebenfalls auf das Retentionsrecht, erstreckt[68]). Nur von Staub wird eine Abtretung des Zurückbehaltungsrechts wegen seiner Unselbständigkeit nicht anerkannt, ebenso wie

---

62) Schlegelberger S. 107, Staub Vorbem. § 369 HGB. IX. A. 18 S. 724.

63) RG. 59, 210, Enneccerus § 293-II 2 S. 214 u. a.

64) Enneccerus § 293-II 1 Anm. 3 S. 213, Oertmann § 387-1a S. 411 u. a.

65) Schlegelberger S. 107/108, Planck § 273-2a S. 171 u. a.

66) Schollmeyer § 273-1a S. 88, Staudinger § 273-II. 2d S. 245.

67) Schlegelberger S. 107

68) RG. 91, 273, in JW. 07, 170[8], Planck § 273-2a S. 171.

es seiner Meinung nach auch nicht ohne weiteres mit der Forderungsabtretung selbst auf den Zessionar übergeht[69]). Für die Aufrechnung ist im Falle einer Zession der § 407 BGB. maßgebend, der dem Schuldner erlaubt, auch nach der Abtretung der Forderung mit einer ihm gegen den alten Gläubiger zustehenden Forderung durch Erklärung gegenüber dem alten Gläubiger wirksam aufzurechnen, es würde denn bewiesen, daß er sie erst nach Kenntnis von der Abtretung erworben hatte. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob das Aufrechnungsrecht schon vor der Abtretung oder erst in der Zeit zwischen der Abtretung und der Erlangung der Kenntnis von ihr zur Entstehung gelangt ist. Da dem Schuldner durch Abtretung der Forderung die einmal entstandene Möglichkeit, aufzurechnen, nicht wieder entzogen werden soll, so ist es ihm gestattet, auch gegenüber dem neuen Gläubiger aufzurechnen, wenn er die Gegenforderung vor der Erlangung der Kenntnis erworben hatte und die Gegenforderung entweder vor der Kenntnisnahme oder, wenn nachher, wenigstens nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist[70]). An dem Grundsatz der Gegenseitigkeit wird jedoch insofern festgehalten, als dem früheren Gläubiger nach der Abtretung ein Aufrechnungsrecht versagt wird, zumal das Erlöschen der Gegenforderung auf seinem Willen beruht[71]). Eine letzte Ausnahme von dem Wechselseitigkeitserfordernis ergibt sich noch bei der Schuldübernahme, allerdings nur für das Zurückbehaltungsrecht. Eine Schuld kann von einem Dritten entweder durch Vertrag mit dem Gläubiger oder durch eine von dem letzteren genehmigte Vereinbarung mit dem Schuldner übernommen werden. Die Rechtsstellung des neuen Schuldners ist in beiden Fällen dieselbe: gemäß § 417 BGB. kann er dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen diesem und dem bisherigen Schuldner ergeben. Daraus ergibt sich, daß dem Schuldübernehmer auch die Retentionseinrede zusteht, soweit sie sich aus dem Rechtsverhältnis des Gläubigers zu dem bisherigen Schuldner ergibt[72]). Eine gegenteilige Ansicht wird von Staub vertreten. Er versagt dem Übernehmer einer Schuld die Ein-

---

69) Staub Vorbem. § 369 HGB. IX. A 18 S. 724.
70) Weigelin S. 86 ff.
71) Siber S. 101.
Kreß 3 A-b S. 553.
72) Schlegelberger S. 110, Kreß 4 A-a S. 569.

rede des Zurückbehaltungsrechts, welche sich aus dem der Schuldübernahme zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen Übernehmer und bisherigem Schuldner herleitet. Der Schuldübernehmer selbst ist dadurch allerdings nicht gehindert, die Leistung aus der übernommenen Schuld wegen konnexer Ansprüche zurückzubehalten[73]). Zur Zeit der Schuldübernahme braucht das Retentionsrecht nicht schon begründet zu sein, vielmehr steht es dem Schuldübernehmer auch dann zu, wenn die Gegenforderung zu jener Zeit noch nicht fällig war. Dagegen muß die Gegenforderung bereits zur Zeit der Schuldübernahme erworben gewesen sein[74]). Wie schon erwähnt, kann der neue Schuldner mit einer dem Urschuldner gehörigen Gegenforderung nicht aufrechnen (§ 417 Abs. 1 S. 2 BGB.). Denn dadurch, daß weder der Urschuldner noch der Gläubiger von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch gemacht haben, sondern zur Schuldübernahme geschritten sind, wird der übereinstimmende Wille kundgegeben, daß jede Forderung ihre eigenen Wege gehen soll, der Übernahmevertrag enthält ein pactum de non compensando[75]). Auch wird umgekehrt bei der befreienden Schuldübernahme dem Gläubiger ein Kompensationsrecht gegenüber dem Schuldübernehmer nicht gegeben. Denn die Schuldübernahme setzt, anders als die Abtretung, die Einwilligung des von ihr Betroffenen, also des Gläubigers, voraus (§ 415 BGB.), worin ein Verzicht auf das Recht zur Aufrechnung zu erblicken ist[76]). Es liegt kein Grund vor, den Gläubiger noch mit Forderungen an den bisherigen Schuldner aufrechnen zu lassen, da er sich durch seine Einwilligung in die Schuldübernahme der Möglichkeit einer Aufrechnung selbst begeben hat[77]).

Weiterhin stimmen beide Rechtsinstitute darin überein, daß zu ihrer Entstehung die Ansprüche fällig sein müssen[78]). Früher bestand in der Literatur keine Einigkeit darüber, wann eine „Fälligkeit" im Sinne des § 273 BGB. gegeben sei. Schoenenberg unterscheidet eine solche im weiteren Sinne, die das Vorhandensein eines Forderungsrechts und das Nichtvorhandensein von Einreden zur Voraussetzung hat, von der Fälligkeit im engeren Sinne, die eine unbetagte

73) Staub Vorbem. § 369 HGB. IX. A. 18 S. 724.
74) Schlegelberger S. 110.
75) Endemann § 153-4a Anm. 30 S. 891, Schlegelberger S. 110, Fischer-Henle § 387-1 S. 303 u. a.
76) Weigelin S. 95.
77) Siber S. 101.
78) Mot. II. S. 42.

und unbefristete Obligation verlangt[79]). Die herrschende Lehre hat sich jedoch diese Unterscheidung nicht zu eigen gemacht, sondern versteht auch hier bei dem § 273 unter „Fälligkeit" den Zeitpunkt, in welchem von dem Gläubiger die Leistung verlangt werden kann[80]). Auch Planck, der in früheren Auflagen die Fälligkeit im weiteren Sinne, wie oben, interpretierte, betont jetzt, daß das bloße Bestehen einer Einrede im allgemeinen keinen Einfluß auf die Gültigkeit, wie auf die Fälligkeit hat, der Anspruch vielmehr im Sinne der §§ 273 und 284 BGB. fällig wird, wenn die ihm entgegenstehende aufschiebende Einrede nicht geltend gemacht wird[81]). Nur Kreß scheint die Fälligkeit im weiteren Sinne der Durchsetzbarkeit zu verstehen[82]). Die Zurückbehaltung einer Forderung ist also erst in dem Augenblick möglich, in dem deren Fälligkeit eingetreten ist. Es genügt jedoch ein Anspruch, der für den Gegner erst im Augenblick der Erfüllung der von ihm geschuldeten Leistung entsteht und sofort fällig wird[83]). Auch für die Aufrechnung ist die Fälligkeit der Forderung, mit der kompensiert wird, unbedingte Voraussetzung, während für die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, von dieser Eigenschaft abgesehen werden kann. Denn da der Schuldner im Zweifel nach § 271 BGB. schon früher zahlen kann, so läßt man ihn auch durch Kompensation schon tilgen[84]). Warneyer verlangt dann allerdings eine Wiederholung der Aufrechnungserklärung nach Eintritt der Fälligkeit[85]). Keine Fälligkeit und daher auch weder ein Zurückbehaltungs- noch Aufrechnungsrecht ist gegeben bei suspensiv bedingten oder suspensiv betagten Forderungen, denn nach § 158 BGB. besteht in solchen Fällen die Forderung noch gar nicht, vielmehr wird die Fälligkeit bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschoben[86]). Im Hinblick auf das Erfordernis der Fälligkeit wollen einige Schrift-

---

79) Schoenenberg S. 11 ff.

80) Schlegelberger S. 151, Staudinger § 273-I. a S. 273, Warneyer § 273-III. S. 458.

81) Planck § 273-2a S. 170.

82) Kreß 4 A-b S. 571.

83) Oertmann § 273-2a S. 131, RGR. Kom. § 273-1 S. 433 u. a.

84) Weigelin S. 66, Enneccerus § 293-III. S. 216, Schollmeyer § 387-1e S. 332 u. a.

85) § 387-III. 4 S. 664.

86) Schollmeyer 273-2a S. 90, Fischer-Henle § 273-2 S. 219, Weigelin S. 56, RGR Kom. § 387-4 S. 588 u. a.

steller im Falle einer aus bloßer Nachsicht gewährten Stundung weder retinieren noch kompensieren lassen[87]), wogegen andere wiederum einwenden, daß der Schuldner durch Bewilligung der Schonzeit nur von der Pflicht zur Beschaffung von Zahlungsmitteln befreit werden sollte, ein Gesichtspunkt, der ausscheidet, wenn es zur Lösung der Schuldverbindlichkeit solcher Zahlungsmittel nicht mehr bedarf[88]). Kein fälliger Anspruch und daher auch kein Zurückbehaltungsrecht ist besonders dann gegeben, wenn es sich um eine fortgesetzte Tätigkeit handelt, z. B. bei dem Anspruch der Erben gegen den Testamentsvollstrecker auf ordnungsmäßige Führung der Nachlaßverwaltung. Aus diesem Anspruch kann kein Retentionsrecht gegen den Testamentsvollstrecker abgeleitet werden[89]).

Schließlich ist die Gültigkeit der Forderungen für die Entstehung des Zurückbehaltungs- bzw. Aufrechnungsrechts nötig. Daher ist weder die eine noch die andere Einrede zur Durchsetzung einer natürlichen Verbindlichkeit, aus Spiel, Wette usw., anerkannt. Nimmt man an, daß hier überhaupt kein Anspruch vorliegt, so ergibt sich diese Ansicht von selbst. Aber auch vom gegenteiligen Standpunkt muß man zu diesem Resultat kommen, da es sich um solche Fälle handelt, bei denen das Gesetz auch einen nur indirekten Zwang ausgeschlossen wissen will[90]). Im Gegensatz zu dieser allgemein vertretenen Meinung ist nach Enneccerus immer im jeweiligen Falle individuell zu entscheiden[91]). Ausnahmsweise kann dagegen mit Forderungen aus Börsentermingeschäften, auch wenn sie eine vollkommene Verbindlichkeit nicht begründen, gegen Forderungen aus anderen Börsentermingeschäften kraft der positiven Vorschrift des § 86 Börsen-Ges. kompensiert werden. Umgekehrt ist eine Aufrechnung gegen unklagbare Obligationen, insbesondere aus Spiel und Differenzgeschäften, zulässig, da die unklagbare Schuld immerhin zahlbar ist[92]). Weiterhin kann mit einer nichtigen Forderung, besonders einer solchen, die aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrage

---

87) Fischer-Henle § 273-2 S. 219, Planck § 390-1 S. 532 u. a.

88) Weigelin S. 56, Siber S. 96.

89) Staudinger § 273-I. 1 S. 237.

90) Oertmann § 273-2a S. 132, Fischer-Henle § 387-2 S. 304.

91) Enneccerus § 249-I. 2 S. 85.

92) Oertmann § 390-4a S. 420, Kreß 3A-c S. 555 u. a.

herrührt, nicht einseitig aufgerechnet werden, wie auch andererseits gegen eine nichtige Forderung keine Kompensation möglich ist, da dann nur auf einer Seite eine gültige Obligation vorliegt, deren Aufrechnung einen Erlaß bedeuten würde, der nach § 397 eines Vertrages bedarf. Die vertragliche Kompensation bringt allerdings die aufgerechnete Forderung auch dann zum Erlöschen, wenn die Gegenforderung nicht besteht, vorbehaltlich eines Bereicherungsanspruchs[93]). Im Sinne des Gültigkeitserfordernisses darf nicht wegen eines Anspruchs auf eine nachträglich unmöglich gewordene Leistung zurückbehalten werden, denn er ist entweder erloschen oder in einen Ersatzanspruch umgewandelt, mit dem man dann aufrechnen kann[94]). Während bei suspensiv bedingten Forderungen, wie oben ausgeführt wurde, keine Aufrechnung möglich ist, sind resolutiv bedingte Forderungen gültig und daher zur Kompensation geeignet, sie bestehen bereits und ihre Erfüllung kann zunächst verlangt werden[95]). Tritt nach erklärter Aufrechnung die Resolutivbedingung ein, so lebt die Forderung nicht wieder auf, vielmehr entsteht nur eine Bereicherungsklage für den Kompensaten. Ebenfalls ist eine aufschiebend betagte Forderung bereits existent, und daher kann dagegen aufgerechnet werden[96]).

Beide Rechtsinstitute haben neben der bisher behandelten Gegenseitigkeit, Fälligkeit und Gültigkeit noch eine negative Voraussetzung gemeinsam. Es darf ihnen nämlich nicht eine Einrede entgegenstehen, d. h. die Geltendmachung einer solchen Tatsache, welche den Schuldner zur Verweigerung der an sich geschuldeten Leistung entweder für immer oder zeitweilig berechtigt. Der Grund, warum mit einer Einrede behaftete Forderungen nicht zur Aufrechnung verwendet werden können, liegt darin, daß ihr Schuldner zu ihrer Zahlung nicht verpflichtet ist. Denn die Erfüllung einer dauernd mit einer Einrede beschwerten Forderung kann er dauernd ablehnen (§§ 478, 490 Abs. 1 S. 3, 821, 853 BGB.), die Erfüllung einer Forderung, der nur eine zeitweilige Einrede entgegensteht, kann er solange verweigern, als das Entgegenstehen dauert (§ 202 BGB.). Würde der Gläubiger also mit einer solchen Forderung gegen

---

93) RGR. Kom. § 387-4 S. 588, Weigelin S. 53.

94) Staudinger § 273-I. a S. 237, Oertmann § 273-2a S. 132 u. a.

95) Weigelin S. 53 ff., Planck § 388-3c S. 530 u. a.

96) Schollmeyer § 388-2b S. 335, § 387-1e S. 332.

die Gegenforderung des Schuldners aufrechnen, so würde der Schuldner dadurch materiell geschädigt, indem er die Zahlung seiner Forderung nicht erhielte, obwohl er die gegen ihn gerichtete und zur Aufrechnung gebrachte Forderung nicht zu zahlen brauchte[97]). Dieses Erfordernis der Einredefreiheit ist im § 390 BGB. für die Kompensation besonders ausgesprochen, während in bezug auf das Retentionsrecht eine ähnliche Vorschrift fehlt. Jedoch wird allgemein anerkannt, daß das Zurückbehaltungsrecht ipso iure ausgeschlossen ist, wenn der Gegenanspruch durch eine Einrede entkräftbar ist[98]). Allerdings wird man wohl beim Entgegenstehen einer nur verzögerlichen Einrede retinieren dürfen, da deren Bestehen nicht hindert, daß die Forderung an sich fällig ist. So können z. B. Ansprüche der Frau gegen den Mann nach § 1394 BGB. zurückbehalten werden[99]). Für die Aufrechnung betont das RG. 94, 310 allerdings, daß auch eine nur mit einer aufschiebenden Einrede behaftete Forderung nicht kompensierbar sei[100]). Ebendaselbst wird allgemein anerkannt, daß unter den in § 390 BGB. gemeinten Einreden nicht nur zerstörende, sondern auch aufschiebende, wie die Retentionseinrede, zu verstehen seien. Was den Bestand der Einrede angeht, so setzt § 390 BGB. eine wirklich vorhandene voraus. Das bloße Vorschützen einer solchen hindert die Aufrechnung mit der dadurch angezweifelten Forderung nicht[101]). Gegen eine einredbare Passivforderung kann der Schuldner nach § 387 unbeschränkt kompensieren. Denn ebenso wie ihr Schuldner die ihm obliegende Leistung bewirken kann, obwohl er es nicht braucht, so kann er eine solche Forderung durch Aufrechnung gegen sie tilgen[102]). Hat er aber in Unkenntnis von einer ihm zustehenden Einrede kompensiert, so wird er nach § 813 BGB. die Wiederherstellung seiner aufgerechneten Aktivforderung verlangen können, es sei denn, daß die Erfüllung trotz der Replik einer sittlichen Pflicht oder Anstandsrücksicht entsprochen habe, oder daß es sich um die Verjährungseinrede des § 222 Abs. 2 handelt[103]). In

97) Schollmeyer § 390-1 S. 340/341.
98) Kreß 4 A-b S. 570, Oertmann § 273-2a S. 132 u. a.
99) Staudinger § 273-I. 1a S. 237, Planck § 273-2a S. 170.
100) Ebenso Weigelin S. 54.
101) Oertmann § 390-1 S. 490.
102) Schollmeyer § 390-4 S. 341, Enneccerus § 293-II. 2 S. 215/16 u. a.
103) Planck § 390-3 S. 533.

bezug auf letztere ist zu bemerken, daß über die Möglichkeit einer Zurückbehaltung wegen eines verjährten Anspruchs die Meinungen geteilt sind. Der geringere Teil der Schriftsteller verhält sich ablehnend, so auch im Resultat Oertmann, der zwar ausführt, daß kein Grund vorliege, das Retentionsrecht wegen verjährter Ansprüche auszuschließen, daß jedoch der Einrede des Zurückbehaltungsrechts die Replik der Verjährung entgegenstehe[104]). Die Mehrzahl gestattet jedoch auch in einem solchen Falle, die Leistung zurückzuhalten, teils in Analogie zu § 390 Abs. 2 BGB., so Staudinger, teils mit der Behauptung, daß verjährte Ansprüche auch mittels eines Pfandrechts und anderer Sicherungen durchgesetzt werden können, so Kreß[105]. Die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung wird dagegen auf Grund des § 390 S. 2 BGB. einstimmig bejaht[106]). Danach ist die Aufrechnung mit der Einschränkung möglich, daß die zur Kompensation gebrachte Forderung zur Zeit des Eintritts der Aufrechenbarkeit noch nicht verjährt war, d. h., das einmal entstandene Aufrechnungsrecht geht nicht dadurch unter, daß der Forderung nachträglich die Einrede der Verjährung entgegentritt. Der § 390 S. 2 bezieht sich nur auf den Fall, wo mit einer verjährten Forderung aufgerechnet wird, wohingegen gegen eine verjährte Forderung uneingeschränkt aufgerechnet werden kann[107]).

Übereinstimmend setzen weder das Zurückbehaltungs- noch das Aufrechnungsrecht eine Liquidität der Forderungen für ihre Entstehung voraus, wie es im Gemeinen Recht der Fall war. So betonen die Motive ausdrücklich, daß Liquidität des Anspruchs des Schuldners nicht erforderlich ist[108]). Im Prozeß muß der Anspruch allerdings nachweisbar sein und der Schuldner zum Ausdruck bringen, welche Leistung er verlangt und seinen Antrag danach einrichten[109]).

---

104) Oertmann § 273 - 2a S. 132, Planck § 273 - 2a S. 170, Endemann § 126 - 3c Anm. 17 S. 712.

105) Staudinger § 273 - I. 1a S. 238, Kreß 4 Ab S. 571, Rieger S. 24, Schlegelberger S. 171, Enneccerus § 249 - I. 2 S. 85. Schollmeyer § 273 - 2a S. 90.

106) Weigelin 54 ff.

107) Warneyer § 390 - II. S. 670, Oertmann § 390 - 2 S. 420.

108) Mot. II. S. 42.

109) Staub Vorbem. § 369 HGB. I. 2a A. 3 S. 711.

§ 3.

RECHTLICHE NATUR, ZWECK UND GRUND BEIDER RECHTSINSTITUTE.

Die rechtliche Natur der beiden Rechte ist eine grundsätzlich verschiedene. — Das Zurückbehaltungsrecht ist kein selbständiges subjektives Recht, sondern eine besondere Form für die Geltendmachung eines anderweitigen, meist persönlichen Rechts, in Gestalt einer Einrede[110]). Abzulehnen ist es, wenn Rieger u. a.[111]) es den Rechten des rechtlichen Könnens eingruppieren wollen, ihm also den Charakter eines Gestaltungsrechts beilegen, denn seine Geltendmachung führt keine andere Gestaltung der Rechtslage herbei. Die Retentionseinrede verkörpert die exceptio doli des Gemeinen Rechts und ist nur eine besondere Ausgestaltung, ein Sonderfall derselben[112]). Während die herrschende Meinung ihr eine dilatorische Natur zuspricht, steht Planck auf dem Standpunkt, daß man Einreden, die weder zur Klagabweisung für immer noch zur Klagabweisung angebrachtermaßen, sondern nur zu einer von dem Klagantrag abweichenden Verurteilung führen, richtiger als anspruchsändernde Einreden bezeichnen würde[113]). Den Charakter eines materiellen Einrederechts überhaupt verneint Endemann, da § 274 Abs. 1 BGB. seines Erachtens dem Zurückbehaltungsrecht keine Einredewirkung beilegt, sondern wie bei den gegenseitigen Verträgen, § 322 Abs. 1 BGB., den Anspruch materiell in Abhängigkeit stellt von der Bewirkung der Gegenleistung[114]). Der verzögerliche Charakter zeigt sich darin, daß die Einrede nicht zu einer endgültigen Verweigerung der Leistung führen kann, sondern den Gläubiger nur zwingt, sein gegenwärtiges Anspruchsbegehren zu modifizieren. Über die Wirkung im einzelnen siehe unten. — Wichtig ist noch hinsichtlich der Natur des Retentionsrechts, daß es eine ausschließliche persönliche, nicht dingliche Wirkung hat, mag es auch gegen dingliche Ansprüche zur Anwendung kommen. Ein

---

110) „Einrede": Oertmann § 273-5 S. 136, Staudinger § 273-II. 1 S. 242, Planck § 273-1c S. 168 u. a.
111) Rieger S. 8, Brinkop S. 80.
112) Staudinger a. a. O.
113) Planck a. a. O.
114) Endemann § 88-3b Anm. 46 S. 519.

gegen jeden Dritten wirkendes Zurückbehaltungsrecht gibt es im BGB. nicht und kann auch nicht etwa durch Vertrag begründet werden. Nur das kaufmännische Retentionsrecht des § 369 HGB. hat eine gewisse dingliche Wirkung[115]). Einen ganz anderen Charakter hat die Aufrechnung. Nach § 388 BGB. erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, wodurch bewirkt wird, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet waren (§ 389 BGB.). In der Literatur herrscht nun keine Übereinstimmung darüber, wie die Kompensation zu konstruieren sei. Die einen sehen den eigentlichen Grund für die Aufhebung der Forderung bereits in ihrem aufrechenbaren Gegenübertreten, wobei jedoch dieser Grund nur unter der Rechtsbedingung der Aufrechnungsklärung wirkt[116]). Nach anderer Meinung tritt die Aufhebung der Forderung erst durch die Erklärung ein, aber vorher entsteht mit ihrem aufrechenbaren Gegenübertreten eine gewisse Wirkung, die man Aufrechnungslage, Aufrechnungsverhältnis, nennt. Dieses Recht ist einer Einrede vergleichbar. Weigelin[117]) erblickt so darin ein Pfandrecht an der eigenen Schuld, d. h. einen gesetzlichen Anwendungsfall eines Pfandrechts an einer gegen den Gläubiger selbst zustehenden Forderung. Nach der Ansicht der meisten Schriftsteller und der Rechtsprechung jedoch vollzieht sich die Aufhebung der Forderung allein durch die Parteierklärung. Ihre rückwirkende Kraft ist nur positive Sondervorschrift oder wird ganz in Frage gestellt[118]). Darüber siehe unten. Das Aufrechnungsrecht ist im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht kein bloßes Einrederecht, sondern ein rechtsgeschäftlicher Akt, der die Forderungen selbst aufhebt[119]). Nach Lang[120]) ist regelmäßig in jeder Befugnis eine anspruchändernde Einrede enthalten, sofern der Schuldner die geschuldete Leistung unter gleichzeitigem Erbieten zur Abfindung verwenden darf. Jedoch spricht gegen den Charakter der Einrede

---

115) Staudinger § 273 - II. 1 S. 244.

116) Enneccerus § 294 - II. S. 219, Endemann § 144 - 2c S. 824.

117) S. 39 ff.

118) Siber S. 112, RGR. Kom. § 387 - 4 S. 588, Warneyer § 387 - II. S. 661, Schollmeyer Vorbem. § 387 - 1b S. 327, Planck Vorbem. § 387 - 2 S. 522, Oertmann Vorbem. § 387 - 5b S. 409, RG. 66, 273 u. a.

119) Planck Vorbem. § 387 - I S. 523, Lang 68.

120) S. 68.

einmal, daß — wie noch auszuführen ist — die Aufrechnung selbständiger Tilgungsgrund der Forderung ist, auch wenn sie im Prozeß vorgebracht wird, zum andern, daß sie die Ausübung eines Rechtes ist, ein Gestaltungsrecht, um den Schuldner zu befriedigen[121]). Abzulehnen ist sowohl die Theorie von der Aufrechnung als Zahlung, sei es als abgekürzte, fingierte, als auch die Lehre von der Kompensation als Leistung an Erfüllungsstatt[122]), Denn eine solche würde ein Vertrag sein, vermöge dessen ein Schuldner seinem Gläubiger einen anderen als den geschuldeten Gegenstand mit tilgender Wirkung leisten darf, wohingegen die Kompensation ein streng einseitiges Rechtsgeschäft ist, bei welchem überhaupt nichts geleistet wird[123]). Ebensowenig wird der Charakter der Aufrechnung als der einer Anweisung an den Gegner zur Zahlung an sich selbst anzuerkennen sein, denn auch hiergegen spricht nach Oertmann die Einseitigkeit des Aufrechnungsaktes, seine rückwirkende Kraft und seine Mündlichkeit[124]). Gegen den Vergleich mit einem Erlaß läßt sich einwenden, daß damit nur die eine Seite der Doppelwirkung erklärt wird, die ihrerseits den rechtspolitischen Grund dafür abgibt, daß der Akt im Gegensatz zum abstrakten Erlaß einseitig wirksam sein kann[125]). Vielmehr wird heute die Aufrechnung allgemein als ein Tilgungsakt besonderer Art, als eine Leistung angesehen[126]), verwandt mit einem Selbsthilferecht des Schuldners. So betont vor allem RG. 80, 394 diesen Charakter, wenn es sagt, daß die Aufrechnung eine dem Schuldner aufgezwungene Befriedigung ist, behufs welcher dieser seine Gegenforderung aufopfert, nämlich zur Befriedigung des Gläubigers unter gleichzeitiger Selbstbefriedigung verwendet. Oertmann will sie als eine Sonderart der facultas alternativa darstellen, wogegen jedoch Kreß einwendet, daß die Ausübung der Ersatzbefugnis nur zum Eintritt des Annahmeverzuges, nicht aber zur Aufhebung der Schuld führe[127]). Abweichend davon sehen andere in der Kompensation zwar auch eine Selbsthilfehandlung, je-

---

121) Weigelin S. 35, Kreß 3Ba S. 559.
122) Dernburg S. 358 ff.
123) Weigelin S. 36.
124) Oertmann Vorbem. Titel 3-6a S. 409.
125) Oertmann a. a. O.
126) Oertmann a. a. O., Planck Vorbem. 1b S. 522/523, Warneyer § 387-II. S. 662, Lang S. 68.
127) Kreß 3A-a S. 552/553.

doch mehr einen Vollstreckungsakt, durch den sich der Aufrechnende ein Vermögensaktivum, die Gegenforderung des Schuldners, verschafft zur Befriedigung der eigenen Forderung[128]). Vermittelnd stellt Planck die Aufrechnung in Parallele sowohl mit einem Selbsthilfeakt, insofern sie den Aufrechnenden befriedigt, als auch mit der Leistung an Erfüllungsstatt, da sie beiden Teilen Befriedigung bringt und doch keinem das verschafft, was er zu fordern hat, denn jeder erhält nur Befriedigung von seiner Schuld[129]).

Auch in Hinblick auf den zu erfüllenden Zweck unterscheidet sich die Retention wesentlich von der Kompensation. Über den Zweck der ersteren geben die Quellen keine eindeutige Auskunft. Während die Motive[130]) an einer Stelle den Charakter als Sicherungs- und Zwangsmittel betonen, an anderer aber nur von einem Sicherungszweck sprechen, finden wir in den Protokollen[131]) einheitlich als Zweck des Zurückbehaltungsrechts den der Sicherung und des Zwanges vertreten. Auch heute besteht in der Literatur eine Übereinstimmung nur insoweit, als man allgemein einen Sicherungszweck anerkennt. Dieser wird durch die Aufrechterhaltung der bisherigen tatsächlichen Vermögenslage des Schuldners erreicht. Er behält das Objekt seiner Leistungspflicht in Händen und hat die Möglichkeit, zum Zweck seiner künftigen Befriedigung die Forderung des Gläubigers an ihn mit Arrest belegen zu lassen[132]). Nur die Sicherungseigenschaft wird vor allem von Schlegelberger vertreten, unter Heranziehung des Abs. 3 § 273 BGB., wonach der Gläubiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden kann, eine Bestimmung, die Schlegelberger für inkonsequent hält, wenn das Retentionsrecht als Zwangsmittel gedacht wäre und nicht als Abwehrmittel. Auch die — später auszuführende — Begründung des Zurückbehaltungsrechts würde seines Erachtens ein solches psychologisches Zwangsmittel nicht zulassen[133]). Jedoch scheint überwiegend in der Literatur neben dem Sicherungszweck auch der Zweck als

---

128) Kreß 3 A-a S. 552.
129) Planck Vorbem. 1b S. 522/523.
130) Mot. II. S. 42 bzw. 43.
131) Prot. I. S. 311.
132) Rieger S. 9.
133) Schlegelberger S. 103, sowie Enneccerus § 249-II. S. 86, Breuer S. 9 ff. und RGR. Kom. § 273-1 S. 440.

Zwangsmittel vertreten zu werden[134]). Auf den Gläubiger, der weiß, daß er nur gegen das Opfer eigener Erfüllung Befriedigung erlangt, wird ein Druck ausgeübt, der um so empfindlicher ist, je mehr Bedeutung von seiner Seite der ausstehenden Leistung beigemessen wird. Damit erweist sich das Retentionsrecht auch dann als wirksames Sicherungsmittel, wenn die res retenta keinen Vermögens-, wohl aber Affektionswert hat[135]). Vermittelnd betont Planck zunächst den Sicherungscharakter, weist dann aber darauf hin, daß der Zweck der Sicherung des Gegenanspruchs von dem des mittelbaren Zwanges zu seiner Erfüllung sich schwerlich unterscheiden lasse. Auch widerlegt er das von Schlegelberger gegen den Zwangscharakter angeführte Argument des § 273 Abs. 3, wenn er sagt, daß eine reale Sicherstellung den gleichen moralischen Zwang in sich schließe wie die Zurückhaltung[136]). Ähnlich führt Kreß aus, daß Sicherung und Durchsetzung keine Gegensätze seien, die erstere vielmehr die letztere vermittle[137]). Dient das Zurückbehaltungsrecht als Sicherungs- und Zwangsmittel und könnte es höchstens auf dem Wege indirekten Zwanges dem Gläubiger eine Befriedigung verschaffen, so bewirkt die Aufrechnung mittelbare, effektive Erfüllung des Anspruchs. Diese schuldentilgende Wirkung erscheint nach allgemeiner Ansicht als Hauptzweck der Kompensation, weshalb schon äußerlich der Titel über die Aufrechnung §§ 387 ff. im dritten Abschnitt von dem Erlöschen der Schuldverhältnisse steht[138]). Abzulehnen ist die Ansicht einiger, daß auch der Kompensation eine Zwangsfunktion innewohnt, so wenn schon Dernburg als Berührungspunkt zwischen dem Retentionsrecht und der Kompensation die Erzwingbarkeit der gleichzeitigen Behandlung mehrerer an und für sich selbständiger Streitigkeiten in einem Prozeßverfahren[139]) ansieht oder Weigelin als Hauptzweck der Aufrechnung den der Sicherung und eventuellen Befriedigung erklärt[140]). Am weitesten

---

134) Dernburg S. 367, Lippmann S. 539, Staudinger § 273 - II. 2b S. 245, Planck § 273 - 1a S. 166, Schollmeyer § 273 - 4 S. 92.

135) Rieger S. 9.

136) Planck a. a. O.

137) Kreß 4 A - a S. 568.

138) Endemann § 244 - 2 Anm. 4 S. 821.

139) Dernburg S. 365.

140) Weigelin S. 32.

geht Lippmann, der den Zwang als das Wesen der Kompensation bezeichnet, wobei es seiner Meinung nach unerheblich ist, daß ein solcher nicht in jedem Fall akut wird[141]). Zur Begründung beruft er sich auf die Motive II S. 109, wo gesagt wird, daß mit der Geltendmachung der Aufrechnung der Aufrechnende dem Gegner eine gesetzlich statthafte Befriedigung aufzwinge. Dies führt ihn dann dazu, in der Kompensation ein der Retention eng verwandtes Rechtsinstitut zu erblicken. Hiergegen ist jedoch zu sagen, daß, auch wenn man beiden Rechten eine Zwangsfunktion zugestehen würde, diese doch eine ganz verschiedene ist. Während die Aufrechnung dem Gegner eine Befriedigung aufzwingt, wird durch die Zurückbehaltung ein Zwang auf denselben ausgeübt, seinerseits eine Leistung zu bewirken. Vor allem kann eine eventuelle Zwangsfunktion höchstens als Nebenwirkung angesehen werden, nicht aber, wie Lippmann möchte, als das eigentliche Wesen beider Rechte[142]).

Sind demnach Natur und Zweck beider Rechte verschieden, so ist der Grund, der zu ihrer Errichtung führte, ein gleicher. Die Retention wurde nach dem Vorgang des römischen Rechts während der ganzen gemeinrechtlichen Periode in der Form der exceptio doli in den Prozeß eingeführt, also in der Rechtsform, deren Aufgabe darin bestand, das aequum et bonum zur Anerkennung zu bringen[143]). Sie sollte verhindern, daß die Durchführung von einem von zwei zusammenhängenden Ansprüchen einseitig in einer dem Rechtsbewußtsein widersprechenden Weise erzwungen werden könnte[144]). Auch der Grund zur Zulassung der Aufrechnung liegt in dem Gesichtspunkt der Billigkeit und dem der praktischen Rechtsausübung: Einmal wird ein unnötiges Hin- und Herzahlen vermieden; es wäre unwirtschaftlich, die Leistung dem Gläubiger zu erbringen, um sie zugleich wieder abzuholen[145]). Zum anderen aber ließe sich der Vorwurf der Arglist erheben, indem dasjenige gefordert wird, was sofort wieder zurückzugeben ist, oder indem der eine Teil von dem anderen etwas verlangt, was er nicht selbst zu leisten bereit ist, weshalb Dernburg den Satz: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“

141) Lippmann S. 522, 554.
142) Brinkop S. 98.
143) Rieger S. 9/10.
144) Schlegelberger S. 103, Schollmeyer § 273-I.b S. 89 u. a.
145) Endemann § 144-I Anm. 2 S. 821, Eisele S. 232.

als Grundlage des Kompensationsrechts bezeichnet[146]). Allerdings ist dies nicht unbestritten, vielmehr wird dagegen geltend gemacht, daß es Fälle gibt, in denen ein Gläubiger, der zugleich Schuldner ist, ohne den mindesten dolus wünschen muß, seine Forderung zu realisieren, in bezug auf seine Schuld aber Ausstand zu erhalten[147]).

§ 4.

GELTENDMACHUNG, UMFANG UND WIRKUNG DER RETENTION UND KOMPENSATION.

Sowohl das Zurückbehaltungs- als auch das Aufrechnungsrecht stimmen in der Art ihrer Geltendmachung grundsätzlich überein. — Der Schuldner, der wegen eines Anspruchs gegen seinen Gläubiger die diesem geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung zurückhalten will, muß das dem Gläubiger in irgendeiner Weise kundtun, denn nur so kann der letztere das Retentionsrecht eventuell abwenden[148]). Ein bloßes Schweigen des Schuldners auf die Aufforderung des Gläubigers, zu leisten und die Unterlassung der Erfüllung, selbst die ausdrückliche Verweigerung der Leistung ohne Hinweis auf Gegenansprüche stellen keine genügende Erklärung dar[149]), wie sich aus dem Einredecharakter des Zurückbehaltungsrechts ergibt. Andererseits ist die Bezeichnung „zurückhalten" nicht erforderlich. So wurde schon eine genügende Benachrichtigung in der Entgegnung des Schuldners seinem Gläubiger gegenüber gesehen, es solle dieser zunächst einmal die früheren Lieferungen aus der Geschäftsverbindung begleichen[150]). Auch durch schlüssige Handlungen kann das Retentionsrecht ausgeübt werden[151]). Was den Zeitpunkt der Geltendmachung betrifft, so muß der Schuldner die Einrede erheben, bevor er in Verzug geraten ist, wobei es allerdings nicht schadet, wenn die Fälligkeit des Gegenanspruchs des Schuldners erst mit seiner Leistung ent-

146) Dernburg S. 361.
147) Eisele S. 232/234 Anm. 24, ebenso Geib S. 60.
148) RG. 77, 438, Oertmann § 273 - 5b S. 136 u. a.
149) RGR. Kom. § 273 - 1b S. 444.
150) Staub Vorbem. § 369 HGB. V 1 A 11 S. 720.
151) RGR. Kom. a. a. O., Staudinger § 273 - II. 2 S. 244 u. a.

steht. Ist hingegen erst einmal Verzug eingetreten, so können seine Folgen nicht mehr durch Berufung auf das Recht der Zurückbehaltung beseitigt werden, denn das bloße Bestehen des Retentionsrechts genügt nicht[152]). Wohl aber kann der Schuldner durch geeignete Maßnahmen, z. B. Anbieten des geschuldeten Gegenstandes Zug um Zug gegen Bezahlung der Gegenleistung den Eintritt des Verzuges unschädlich machen[153]). Letzterer wird überhaupt vermieden, wenn der Schuldner irrtümlich, aber ohne Verschulden, ein vermeintliches Retentionsrecht vorgeschützt hat[154]). — Auch bei der Geltendmachung der Kompensation braucht das Wort „Aufrechnung" nicht angewendet zu werden, es genügt, wenn aus der Erklärung hervorgeht, daß sich der Betreffende für seine Forderung mittels Aufrechnung der Gegenforderung Befriedigung verschaffen will[155]). Schon in einer Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, daß er diesem nichts mehr schulde, wurde eine Kompensation gefunden[156]). Daß auch in dem Vorschützen des Zurückbehaltungsrechts eine Aufrechnungserklärung liegen kann, wird unten ausgeführt werden. Die Geltendmachung kann außerhalb wie innerhalb eines Prozesses erfolgen, in welch letzterem Falle sie sowohl materiell als auch als Prozeßhandlung in Betracht kommt[157]).

Auch hinsichtlich des Maßes ihrer Ausdehnung läßt sich bei beiden Rechten eine Gleichartigkeit feststellen. Grundsätzlich darf der Schuldner die ihm obliegende Leistung auch dann vollständig retinieren, wenn seine Gegenforderung geringer ist als die Gläubigerforderung oder wenn er vom Gläubiger schon einen Teil seines Anspruchs erhalten hat. Die entgegengesetzte Regelung des § 320 BGB. rechtfertigt sich dadurch, daß bei gegenseitigen Verträgen nicht nur Leistung und Gegenleistung als Ganzes, sondern daß auch die Teile der beiderseitigen Leistungen als gegeneinander ausgetauscht zu denken sind[158]). Jedoch ergibt sich eine Einschränkung für die Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechts aus seinem Zweck als Sicherung und Schutz-

---

152) RG. 93, 301, Staudinger § 273 - II. 2 S. 244.
153) RG. 93, 301 u. a.
154) Staub Vorbem. § 369 HGB. V. 1 A 11 S. 720.
155) Kreß 3 B - a S. 559, RGR. Kom. § 389 - 1 S. 589 u. a.
156) RG. 59, 207.
157) RGR. Kom. a. a. O.
158) Planck § 273 - 1d S. 169.

mittel[159]). Man wird daher seine Ausübung versagen, wenn genügend anderweitige Sicherheit besteht, z. B. der Gegenanspruch, wegen dessen retiniert wird, schon durch eine Hypothek genügend gedeckt ist[160]). Bei Teilforderungen darf nur ein der Gegenforderung entsprechender Teil[161]) und wegen eines unverhältnismäßig geringen Betrags überhaupt nicht zurückbehalten werden[162]). So kann der Schuldner, wenn mehrere Maschinen zurückzugeben sind, nicht deren Zubehörteile, sondern nur vollständige Maschinen zurückhalten, wenn deren Wert den Anspruch deckt[163]). — Ein ähnlicher Grundsatz ist bezüglich des Umfanges der Aufrechnung festzustellen. Eine gleiche Höhe der beiderseitigen Forderungen ist für die Kompensation nämlich nicht notwendig; die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, kann kleiner sein als die Gegenforderung[164]). Damit ist trotz des § 266 BGB. dem Schuldner die Möglichkeit einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers gegeben[165]). Jedoch kann es unstatthaft sein, nur mit einem Teil der Forderung aufzurechnen, wenn dem Gläubiger aus der wiederholt nur teilweise erfolgenden Tilgung seiner Gegenforderung Belästigungen erwachsen, was aus § 242 gefolgert wird[166]).

War in bezug auf die Geltendmachung und den Umfang eine Gleichartigkeit des Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechts unverkennbar, so ist ihre Wirkung, abgesehen von einer am Schlusse des Abschnittes zu besprechenden Ausnahme grundverschieden. — Übt der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht ordnungsgemäß aus, so gerät er nicht in Verzug, selbst wenn die Leistung fällig war und der Gläubiger gemahnt hat[167]). Seinerseits kann er aber durch Mahnung den Verzug des Gläubigers bewirken, und oft wird in der Geltendmachung des Retentionsrechtes eine

---

159) RG. 85, 138, Planck a. a. O., Staudinger § 273 - II. 2b S. 245.

160) RG. 85, 138.

161) Staub Vorbem. § 369 HGB. III. A 9 S. 719.

162) Kreß 4 A - c S. 573, Enneccerus § 249 II. 886 Anm. 11.

163) Staub a. a. O.

164) Titze S. 54, RGR. Kom. § 387 - 4 S. 588, Kreß 3 A - c S. 557 u. a.

165) Titze S. 54.

166) RG. 79, 361, Planck § 387 - 1c S. 526, Warneyer § 387 III. 2 S. 663.

167) RG. 85, 296, Staudinger § 273 - II. 2 S. 244 u. a.

Mahnung gefunden[168]). Nicht entsteht hinsichtlich der zurückbehaltenen Sache eine gesteigerte Sorgfaltspflicht, wie sie den Pfandinhaber trifft. Vielmehr richtet sich diese nach dem zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnis, auf Grund dessen der Retinierende in den Besitz der Sache gelangt ist[169]). Auch die Zinsen sind nach wie vor weiter zu entrichten, eine Verpflichtung, die der Zurückbehaltende aber dadurch abwenden kann, daß er den Gläubiger nach § 298 BGB. in Annahmeverzug setzt[170]). Für die Gegenseite ergibt sich, daß wegen der dilatorischen Natur des Retentionsrechts der Anspruch des Gläubigers verjährbar ist[171]). Die wichtigste — prozessuale — Folge der Zurückbehaltungseinrede ist die Zug-um-Zugleistung der Parteien gemäß § 274 Abs. 1 BGB. Es findet also nicht die Abweisung des Klägers überhaupt statt, weshalb der Beklagte auch nicht die Abweisung der Klage beantragen darf, sondern Verurteilung Zug-um-Zug gegen Empfang der gewünschten Leistung zu fordern hat[172]). Praktisch ist dieses Zug-um-Zug nicht immer glatt durchzuführen, was aber nicht zu der von einigen Schriftstellern vertretenen Meinung verleiten darf, daß dann das Retentionsrecht einfach zu versagen sei[173]). Allerdings ist es nicht mechanisch durchzuführen[174]), sondern sinngemäß nach dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck zu interpretieren, der darin besteht, daß die Erfolge der beiderseitigen Leistungen gleichzeitig eintreten sollen, wobei das Erfordernis der Gleichzeitigkeit einen der Beteiligten davor bewahren soll, seine Leistung zu bewirken, ohne die Gewißheit zu haben, die Gegenleistung sofort oder mit geringem Zeitaufschub zu erhalten[175]). Eine tatsächliche Gleichzeitigkeit kommt eigentlich nur vor, wenn der eine Teil seine Leistung überbringt und der andere sie abholt[176]). Auch eine Zwangsvollstreckung ist nur auf Leistung Zug-um-Zug zu richten. Hat aber nach einer Verurteilung auf Zug-um-Zugleistung der Gläubiger den Schuldner in Annahmeverzug gesetzt, dann kann für

---

168) Oertmann § 273-5b S. 136.
169) Staub Vorbem. § 369 HGB. V. 4 A. 14 S. 722/23, Rieger S. 58, Schlegelberger S. 167.
170) Rieger S. 58.
171) Oertmann § 273-5b S. 136.
172) Endemann § 126-3b S. 713.
173) Wie Schoeneberg S. 43/44 will.
174) Oertmann § 274-2 S. 138.
175) Planck § 274-1 S. 176, Schlegelberger S. 164.
176) Planck a. a. O.

seinen Anspruch schlechthin Zwangsvollstreckung betrieben werden, nicht als wenn eine Zug-um-Zugverurteilung stattgefunden hätte (§ 274 Abs. 2 BGB.). Die Beitreibung der Zug-um-Zugleistung ist in den §§ 726 Abs. II, 756, 765 ZPO. näher geregelt. Ließ die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts den Bestand der Forderungen unberührt, so wird hingegen durch die ordnungsgemäße Erklärung der Aufrechnung sowohl die Forderung, mit welcher, als auch die Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, getilgt. Und zwar gelten die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen, in welchem sie, zur Aufrechnung geeignet, einander gegenübergetreten sind (§ 389 BGB.). Streitig ist, ob diese rückwirkende Kraft sich aus der oben dargelegten Konstruktion der Aufrechnung — nach der schon vor der Erklärung, der Anfechtbarkeit vergleichbar, eine Aufrechenbarkeit bestand — ergibt[177]) oder ob sie nur kraft positiver gesetzlicher Vorschrift eintritt. Die überwiegende Meinung vertritt die Ansicht, daß das Gesetz aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf die Auffassung und die Bedürfnisse des Verkehrs diese rückwirkende Ausnahmevorschrift aufgestellt hat[178]). Für ihre rechtspolitische Begründung führt Enneccerus aus, daß derjenige, der zwar schuldet, aber weiß, daß er kompensieren kann, sich wirtschaftlich nicht mehr als Schuldner betrachtet, und daß umgekehrt derjenige, welcher eine durch Aufrechnung tilgbare Forderung hat, sich nicht mehr als Gläubiger fühlt. Danach handelnd bekümmert er als Debitor sich nicht mehr um Zinsen, Konventionalstrafen und Verzug und befürchtet als Kreditor nicht mehr eine Verjährung seiner Forderung[179]). — Die inhaltlichen Folgen dieser Zurückdatierung sind nun, daß zunächst ein Verzug, welcher nach dem Zeitpunkt der Aufrechnungsmöglichkeit auf der einen oder anderen Seite entsteht, nicht beginnt bzw. aufhört[180]). Auch jede Folge des Verzugs, z. B. nach §§ 286, 326, 554 Abs. 2 BGB. gilt als aufgehoben, die schon vollzogene Kündigung nach § 554 Abs. 2 aber nur dann, wenn der Mieter unverzüglich nach der Kündigung den Rücktritt erklärt. Weiterhin endet eine Verzinsungspflicht

177) Oertmann § 389-1 S. 416, Enneccerus § 294-II. S. 218/219.

178) Planck Vorbem. 1 S. 522, RGR. Kom. § 389-1 S. 590, Endemann § 144-2b S. 822, Schollmeyer § 389-2 S. 338.

179) Enneccerus § 294-II. S. 219.

180) Enneccerus § 249-II. 1a S. 220, Weigelin S. 164 u. a.

von dem Augenblick der Kompensierbarkeit ab, was bei verschiedener Höhe der beiderseits zu leistenden Zinsen wichtig ist [181]). Der entstandene Zinsanspruch wird zwar ein Teil der Kapitalforderung, aber es ist deren Bestehen im Zeitpunkt des Entstehens des ersteren nötig, d. h., da § 389 BGB. die Forderungen schon mit der bloßen Aufrechenbarkeit erlöschen läßt, ordnet er auch gleichzeitig indirekt an, daß Zinsansprüche als nicht erwachsen gelten. Bereits gezahlte Zinsen sind nach der Aufrechnung als nicht geschuldet zu betrachten und können mit der condictio in debiti zurückgefordert werden [182]), es sei denn, daß der Zahlende sein Aufrechnungsrecht gekannt hat [183]). Auch eine Vertragsstrafe verfällt nicht, wie überhaupt jeder Rechtsnachteil als aufgehoben gilt, welcher bei Erfüllung der gegeneinander aufgerechneten Forderungen schon im Zeitpunkt der Kompensierbarkeit eingetreten wäre [184]). Bürgen und Pfänder sind von diesem Augenblick ab frei [185]), ein Rücktrittsrecht, das der eine Vertragsteil wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit des anderen erworben hat, wird aufgehoben [186]). — Eine weitere prozessuale Wirkung ist noch die Entstehung von Rechtsstreitkosten und es fragt sich, wer diese zu tragen hat. Retinierte der Beklagte erfolglos, so ist es nicht zweifelhaft, daß ihm die Kosten aufzuerlegen sind. War aber seine Einrede begründet, so ist dieses Ergebnis umstritten, da ja der Zurückhaltende, wie oben ausgeführt wurde, trotzdem verurteilt wird. Stein-Jonas will in solchem Falle den § 92 Abs. 1 ZPO. angewendet wissen, also entweder die Kosten gegeneinander aufheben oder verhältnismäßig unter den Parteien teilen [187]). Man wird wohl für den Fall, daß der Beklagte ausdrücklich das Retentionsrecht geltend gemacht hat, den Kläger als den Unterliegenden zu betrachten haben und ihm die Kosten des Rechtsstreites auferlegen [188]). Bezüglich der Aufrechnung ist dieses Problem weniger strittig, vielmehr wird, wenn in einem Rechtsstreit rechtzeitig eine Aufrechnungserklärung abgegeben wird, auf

181) Enneccerus a. a. O., Weigelin S. 165 u. a.
182) RG. 101, 114.
183) Oertmann § 389-3a S. 418.
184) Kreß § 3 B.-d S. 566.
185) RGR. Kom. § 389-3 S. 592.
186) Kreß a. a. O. Anm. 54, Endemann § 144-2b S. 823, 824.
187) Stein-Jonas § 92 I. 1 S. 322.
188) Hartmann S. 46.

Grund deren die klagende Partei unterliegt, diese einstimmig als kostenfällig erachtet, vorausgesetzt, daß die beiden Forderungen sich schon vor dem Prozesse als kompensabel gegenüberstanden[189]). Die Klage erscheint als von Anfang an unbegründet. Im Zusammenhang mit der Wirkung der beiden Rechte sei noch auf die Kontroverse eingegangen, ob derjenige, der in Unkenntnis seiner Einrede geleistet hat, eine Rückforderung geltend machen kann. — Hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts wird diese Möglichkeit allgemein verneint[190]). Denn ein Anspruch auf Rückforderung des Geleisteten ist auf Grund des § 813 Abs. 1 BGB. nur gegeben, wenn ohne Kenntnis von einer dauernd entgegenstehenden Einrede geleistet wurde, während die Retentionseinrede eine solche dilatorischer Natur ist[191]). — Für den Fall der Aufrechnung wird jedoch von einem großen Teil der Schriftsteller einer condictio indebiti Raum gegeben. Zweifellos ist sie zuzubilligen, wenn nach vollzogener Kompensation gezahlt wurde[192]). Aber auch wenn vorher der Schuldner irrtümlicher Weise geleistet hat, so kann er die Leistung auf Grund des § 812 Abs. 1 BGB. zurückverlangen[193]). Das entspricht, wie Enneccerus[194]) ausführt, der Billigkeit. Denn es würde eine ungerechtfertigte und mit dem Grundgedanken der Condictio in Widerspruch stehende Härte sein, wenn der Schuldner durch eine lediglich auf die Unkenntnis seines Kompensationsrechts beruhende Rechtshandlung zum Vorteil des Gläubigers, der darauf keinerlei Anspruch hat, einen uneinbringlichen Verlust erleiden würde. Von den Gegnern dieser Auffassung wird eingewendet, daß mit der Bewirkung der Leistung die Aufrechnungslage zerstört ist, das erloschene Aufrechnungsrecht daher auch nicht durch eine Anfechtung wieder aufleben könne[195]).

Schließlich ist noch zu prüfen, welche Wirkung sich beim Gegenüberstehen zweier Einreden ergibt. — Es kann

---

189) RG. 50, 391, Oertmann § 389-3d S. 418.

190) Dernburg S. 368, Warneyer § 273-I. S. 457, Staub Vorbem. § 369 HGB. IV. A. 10 S. 720.

191) Staub Vorbem. § 369 HGB. IV. A. 10 S. 720.

192) Oertmann § 389-1 S. 417.

193) Kreß 3B-d S. 565 Anm. 49, Enneccerus § 294-II 2 S. 220/221, Dernburg S. 368, Oertmann a. a. O., jetzt auch Planck § 389-3 S. 532.

194) Enneccerus a. a. O.

195) Endemann § 144-3a S. 826, Schollmeyer § 389-2 S. 338, RGR. Kom. § 389-1 S. 591.

sich der Fall ergeben, daß einerseits der Schuldner gegenüber der Forderung des Gläubigers auf Zahlung des Preises ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Forderung auf Lieferung geltend macht, andererseits aber auch der Gläubiger aus einem Anspruch, der mit der Forderung des Schuldners im nötigen Zusammenhang steht, ein Retentionsrecht herleitet, sich so also zwei Zurückbehaltungsrechte gegenüberstehen. Beim Vorliegen eines solchen, in der Literatur kaum behandelten Tatbestandes, will Staub[196]) eine Zug-um-Zugverurteilung als Folge aus §§ 274 und 220 BGB. eintreten lassen. Auch das RG.[197]) erkennt eine solche beiderseitige Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts an und betont, daß es nicht darauf ankomme, wer zuerst von seiner Einrede Gebrauch macht. Der analoge Fall der replica compensationis wird von allen Schriftstellern dahin entschieden, daß es nicht zulässig ist, wenn der Kläger gegen die bereits aufgerechnete Gegenforderung des Beklagten mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung seinerseits aufrechnen will[198]). Dies wird aus § 389 BGB. gefolgert: Durch die Aufrechnungserklärung des einen Teils wird die Gegenforderung des anderen ohne weiteres wie durch Zahlung aufgehoben, sie kann daher nicht mehr ihrerseits zur Kompensation verwendet werden. Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn eine Konnexität zwischen den Forderungen besteht und dann die replica compensationis vorgebracht wird. Dann ist, wie Goldschmidt ausführt, dem einen Teil keine Aufrechnungsmöglichkeit gegen die nicht konnexe Forderung des Gegners gegeben, da wegen des rechtlichen Zusammenhangs die Retentionseinrede in bezug auf die Gegenforderung erhoben werden kann. In solchem Falle ist aber die Geltendmachung der replica compensationis als Erhebung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts oder des nicht erfüllten Vertrages anzusehen[199]).

War die Wirkung beider Rechte ganz andersartig und waren auch die im Zusammenhang damit auftretenden Fragen verschieden zu beurteilen, so kann es doch dazu kommen, daß Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht denselben Erfolg herbeiführen. Nach übereinstimmender An-

---

196) Staub Vorbem. § 369 HGB. V. A 12 S. 722.

197) RG. in LZ. 1926 - 629[3] ff.

198) Schollmeyer § 389 - 4 S. 340, Warneyer § 389 S. 668, Oertmann § 389 - 4 S. 418.

199) Goldschmidt S. 170 ff.

sicht von Literatur und Rechtsprechung hat nämlich die Retentionseinrede dieselbe materielle Wirkung wie die Kompensation, wenn sich konnexe und gleichartige Ansprüche, also vor allem Geldschuld und Geldschuld, gegenüberstehen, namentlich dann, wenn der Schuldner in absehbarer Zeit seine Leistung nicht bewirken kann und so die Zurückhaltung nicht mehr als Druckmittel, sondern als Aufrechnung wirkt[200]). In solchem Falle verlangt kein Teil Erfüllung der Leistung Zug-um-Zug, weil er, wie beim Differenzgeschäft, kein Interesse daran hat, sondern beide Teile zahlen einander, indem sie gegeneinander aufrechnen, d. h. die durch das ausgeübte Zurückbehaltungsrecht gewährte Sicherheit konsolidiert sich durch sich selbst in eine gleichzeitig durch Aufrechnung erfolgende Leistung[201]). Der Richter ist also an die Erklärung der Partei, sie halte zurück, nicht gebunden, wenn sich aus dem Tatbestand ergibt, daß ihr wirklicher Rechtswille nicht auf zeitweilige Unterlassung der geschuldeten Leistung, sondern auf eine endgültige Verweigerung geht[202]). Abweichend von der herrschenden Lehre will Planck nicht ohne weiteres zugeben, daß die Zurückbehaltung bei beiderseitigen konnexen und gleichartigen Ansprüchen im Erfolg von selbst zur Aufrechnung wird. Er gibt zwar zu, daß die Leistungsverweigerung nach § 133 BGB. als Aufrechnungserklärung aufzufassen sei, sagt aber, daß, wenn dies nicht zutrifft, die beiderseitigen Ansprüche nicht wie bei der Aufrechnung ipso iure erlöschen, sondern höchstens verjähren können (§ 202 Abs. 2 BGB.). Zum Beweise führt er an, daß auch bei gleichartigen konnexen Forderungen das Retentionsrecht gegenüber der Kompensation eine selbständige Bedeutung haben kann, so daß der Schuldner nach § 390 gegen eine durch ein Zurückbehaltungsrecht entkräftete Passivforderung nicht eine konnexe Gegenforderung aufrechnen könne. Im Zweifel will allerdings auch er die Zurückbehaltungseinrede, wenn Kompensation statthaft ist, als solche verstanden wissen und stimmt damit im Resultat der überwiegenden Meinung zu[203]). Ähnlich weist auch

200) Staub Vorbem. § 369 HGB. IV. A. 10 S. 720, Dernburg S. 370, Staudinger § 273 - II. 1 S. 243, Warneyer § 273 - IV. S. 458 ff., Oertmann § 273 - 4b S. 135, Enneccerus § 249 - I. 3 Anm. 8 S. 86, RG. 83, 140, RG. 85, 109, RG. I. Z. S. Gruch. 53, 920.

201) Goldschmidt a. a. O.

202) RG. 85, 112/113.

203) Planck Vorbem. 2d S. 523.

Pappenheim darauf hin, daß trotz der Fälle von übereinstimmender Wirkung beider Rechte die Geltendmachung des Retentionsrechts auch beim Gegenüberstehen von Geldforderungen noch praktischen Zweck habe, da die Forderungen, anders wie nach erfolgter Aufrechnung, noch fernerhin Veränderungen erfahren, z. B. erlöschen können[204]). Streng abweisend gegenüber der Ansicht, daß beide Rechte eine gleichartige Wirkung haben können, verhalten sich Weigelin und Schlegelberger[205]). Ersterer verweist darauf, daß eine diesbezügliche Bestimmung nicht im Gesetz enthalten sei, letzterer will allein den Willen der Parteien entscheiden lassen und den Richter an die Parteierklärung gebunden wissen. — Die Frage, ob umgekehrt in dem Vorschützen einer Aufrechnungserklärung die eventuelle Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zu sehen sei, wird man jedoch verneinend beantworten, so Planck, Schlegelberger und auch das RG.[206]).

§ 5.

AUSSCHLUSS BEIDER RECHTE.

Auch wenn alle oben besprochenen Voraussetzungen vorliegen, so wird trotzdem unter Umständen die Ausübung des Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsrechts unzulässig sein.

Einmal können gesetzliche Vorschriften einen Ausschluß der Rechte anordnen. — So ist ein Zurückbehaltungsrecht versagt an Miet- und Pachtgrundstücken (§§ 556 Abs. 2, 581, 597), an Gegenständen des Nachlasses im Konkurs (§ 223 KO.) sowie an Quittungskarten der Invalidenversicherung (§ 1425 RVO.), Arbeitsbüchern und sonstigen Gegenständen durch den Stellenvermittler (§ 6 Stellenvermittlungsges.). Außerdem können nicht die Einlagen oder Nachschüsse bei einer G. m. b. H. bzw. Genossenschaft retiniert werden (§ 19 Abs. 2 G. m. b. H.-Ges., § 105 Abs. 4 Genoss.-Ges.). — Ebenso verbietet das Gesetz die

---

204) Pappenheim S. 89.

205) Weigelin S. 110, Schlegelberger S. 173.

206) Schlegelberger S. 173, Planck § 273-1a S. 163, RGR. Kom. § 273-1 S. 411, Staub Vorbem. § 369 HGB. IV. A. 10 S. 719, RG. III. Z. S., Gruch. 55, 897.

Aufrechnung einem Mitglied einer Kommandit-A.G., einer A.G., einer G.m.b.H. oder einer Genossenschaft gegen seine Einlageschuld (§§ 320, 221 HGB., § 19 Abs. 2 G.m.b.H.-Ges., § 22 Abs. 3 Genoss.-Ges.). Außerdem darf gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaates gemäß § 395 BGB. sowie gegen solche einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes gemäß § 395 BGB. nicht kompensiert werden. Auch die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist unstatthaft (§ 393 BGB.) und endlich untersagt der Gesetzgeber aus sozialpolitischen Gründen eine Kompensation gegen eine unpfändbare Forderung (§ 394 BGB.). Welche Forderungen hier in Betracht kommen und inwieweit sie unpfändbar sind, bestimmt teils das BGB. selbst (§ 371 BGB.), teils die ZPO. §§ 850—852, teils andere Reichsgesetze sozialpolitischen Inhalts. Umgekehrt steht der Aufrechnung mit einer unpfändbaren Forderung wohl nichts im Wege[207]). — An dieses Aufrechnungsverbot betreffs unpfändbarer Forderungen knüpft sich nun die Literatur und Rechtsprechung gleich stark bewegende Streitfrage an, ob auch analog die Zurückbehaltung einer nicht der Pfändung unterworfenen Forderung unstatthaft ist, eine Tatsache, die besonders bei Dienstverträgen akut wird, wenn z. B. der Arbeitgeber gegen Lohnansprüche des Arbeiters, d. h. unpfändbaren Forderungen, eine ihm aus irgendeinem Grunde zustehende Gegenforderung nicht „aufrechnet", sondern wegen dieser „zurückhält". Für das Zurückbehaltungsrecht hat das Gesetz keine analoge ausschließende Bestimmung getroffen. In dieser Kontroverse lassen sich heute drei Meinungen unterscheiden: Die einen verwerfen ähnlich der Aufrechnung eine Zurückbehaltung gegenüber unpfändbaren Forderungen, insbesondere Lohnansprüchen. Sie begründen dies einmal mit dem Wortlaut des § 273 Abs. 2 BGB. „sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergibt", zum andern mit der oben besprochenen gleichartigen Wirkung beider Rechtsinstitute bei gleichartigen Ansprüchen. So führt Planck aus, daß bei dem Gegenüberstehen von gleichartigen Forderungen wegen der im Resultat übereinstimmenden Wirkung von Retention und Kompensation die Geltendmachung der ersteren dem Zweck des Gesetzes widerspricht, das die Aufrechnung um ihres wirtschaftlichen Erfolges, nicht um ihres konstruktiven

207) Weigelin 3. 112, Schollmeyer § 394-3 S. 348, Endemann § 145-5 Anm. 24 S. 831.

Charakters willen verbietet. Er hält in Hinsicht auf die zwingende Natur des § 394 BGB. etwaige soziale Gesichtspunkte, z. B. ob es angebracht erscheint, daß ein Arbeitgeber seinem Arbeiter, der ihm bei einem Streik die Fabrik beschädigt hat, noch etwas herauszahlen muß, nach geltendem Recht für unbeachtlich. Allerdings sieht er eine Retention auf Grund ungleichartiger Gegenansprüche nicht als gegen § 394 verstoßend an, was jedoch praktisch von geringer Bedeutung ist[208]). Ebenso entscheidet auch Endemann mit der Begründung, daß nach dem Zwecke des § 394 BGB. dem Arbeiter der Barempfang des zum notwendigen Lebensunterhalte dienenden Lohnes gesichert werden soll, was bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts infolge seiner der Aufrechnung gleichen Wirkung nicht mehr der Fall sei[209]). Auch Wallroth will eine Retention nicht zulassen wegen des Textes des § 273 Abs. 1 BGB. und der wirtschaftlich übereinstimmenden Wirkung der Einreden[210]). Wolff weist noch zur Rechtfertigung seiner ablehnenden Haltung darauf hin, daß das Zurückbehaltungsrecht ein über die Pfändung und den Arrest hinausgehendes Präventivmittel ist und daher in einem Falle, wo nicht einmal der Arrest erlaubt ist, das noch wirksamere Recht der eigenen Sicherung durch Retention sicherlich noch weniger gestattet ist[211]). — Einen vermittelnden Standpunkt nimmt heute das RG. und ihm sich anschließend der größere Teil der Schriftsteller ein[212]). Grundlegend ist die Entscheidung in RG. 85, 108, auf die kurz eingegangen werden soll. Sie zerfällt in zwei Abschnitte, und zwar wird in dem ersten zunächst ausgeführt, daß in Hinblick auf den Gesetzeszweck, die Vergütung ganz oder zu einem gewissen Teil in die Hand des kraft geleisteter Arbeiten Vergütungsberechtigten gelangen zu lassen, das wirtschaftlich gleiche Ergebnis von Zurückbehaltung und Aufrechnung auch zur gleichen Behandlung der beiden Rechtsnormen führen müsse. Dabei soll der

---

208) Planck § 273-2a S. 174.

209) Endemann § 145-6 Anm. 25 S. 832.

210) Wallroth S. 250 ff.

211) Wolff S. 318 ff. Ebenso: Rieger S. 68/69, Lippmann S. 541/542, Hedemann S. 248, sowie früher die Gewerbegerichte. Siehe bei Oertmann § 273-4b S. 135.

212) Oertmann § 273-4b S. 135/136, RGR. Kom. § 273-1 S. 441, Warneyer § 394-III. S. 674, Kreß 4A-a S. 571, Staub Vorbem. § 369-I. 4 A6a S. 716/717, Titze bei Ehrenberg II. S. 830/831 u. a., Kaskel S. 143.

Richter an die Erklärung der Partei, daß das Retentionsrecht geltend gemacht werde, nicht gebunden sein, wenn ersichtlich ist, daß der wahre Rechtswille der Partei nicht auf Zurückhaltung, auf zeitweilige Unterlassung der geschuldeten Vergütungsleistung, sondern auf endgültige Verweigerung geht. Es ergibt sich, daß § 394 BGB. an sich auf das Zurückbehaltungsrecht anwendbar ist. Im zweiten Abschnitt wird jedoch eine Ausnahme von dieser Regel statuiert, nämlich dann, wenn die Forderung, die der Zurückbehaltung zugrunde liegt, aus einer vorsätzlichen, unerlaubten und strafbaren, im Rahmen des Dienstverhältnisses begangenen Handlung resultiert. Denn in solchem Falle steht der Berufung auf das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. die Replik der Arglist entgegen. — Einige Schriftsteller wollen jedoch auch beim Vorliegen einer unerlaubten Handlung ein Retentionsrecht nicht zugestehen, da nach ihrer Meinung der § 394 BGB. nicht dem Maßstab der §§ 242 und 157 BGB. unterliegt, sondern zwingenden Charakter hat, der die Zulässigkeit einer Durchbrechung der Gesetzesnorm dort hindert, wo im einzelnen Falle Zweifel an der Billigkeit entstehen könnten[213]). — Eine dritte Gruppe von Schriftstellern lehnt eine Ausdehnung des § 394 BGB. auf das Zurückbehaltungsrecht streng ab, teils wegen der verschiedenen Natur der Retention und Kompensation, teils trotz Anerkennung ihrer praktischen Gleichwertigkeit[214]). Besonders Enneccerus vertritt diese Ansicht, dabei die angeführte RG.-Entscheidung scharf kritisierend. Seines Erachtens berechtigt die in gewissen Fällen gleiche Wirkung des Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechts nicht zu einer Ausdehnung der für das letztere aufgestellten Vorschriften, da diese immer an gewisse Voraussetzungen gebunden seien. Wenn § 334 die Kompensation gegen unpfändbare Forderungen verbiete, so bedeute das nur, daß die Gleichartigkeit einer entgegenstehenden Forderung eine wechselseitige Tilgung nicht begründen solle, nicht aber, daß auf Grund der Konnexität nicht eine Zurückbehaltung stattfinden könne, die unter Umständen der Tilgung gleichkommt. Auch hält er einen Analogieschluß nicht für gerechtfertigt, da es grundverschieden sei, ob der Arbeitgeber den Lohnanspruch durch jede beliebige Geldforderung tilgen oder ob er konnexe Gegenforderungen

213) Flatow S. 450 ff.

214) Pappenheim S. 89, Weigelin S. 109/110, Schlegelberger S. 134 u. a., siehe bei Oertmann § 273 - 4b S. 135.

im Wege der Zurückbehaltung geltend machen könne. Seines Erachtens ist die Entscheidung des RG. nicht der Billigkeit entsprechend, da selbst bei fahrlässiger schlechter Arbeit eine Zurückhaltung des Lohnes dem Arbeitgeber zuzugestehen sei[215]). Staudinger schließt sich ebenfalls der Ansicht des RG. nicht an. Er gibt zwar zu, daß diese einer an sich verständlichen sozialen Tendenz folge, jedoch eine unzulässige analoge Ausdehnung der Ausnahmevorschriften über das Pfändungs- und Aufrechnungsverbot enthalte. Daß sich abwegige Resultate hierbei ergeben können, zeigt das von ihm angeführte Beispiel: Wenn jemand gegen seinen auf Lohn klagenden Arbeiter aus einem früheren Werkvertrag einen Anspruch auf Herstellung des Werkes hat, so kann er deshalb wegen der Lohnforderung ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Ist aber der Anspruch auf Herstellung des Werkes infolge beharrlicher Erfüllungsverweigerung seitens des Arbeiters in eine Geldforderung übergegangen, so wird wegen dieser Geldforderung kein Zurückbehaltungsrecht mehr ausgeübt werden können[216]). Wenn man die widerstreitenden Ansichten prüft, so wird man der Meinung von Enneccerus und Staudinger nicht beipflichten können. Denn letzten Endes haben beim Vorliegen von konnexen und gleichartigen Ansprüchen die Retention und Kompensation dieselbe Wirkung, so daß, wenn der Ausübung des einen Rechts gesetzliche Gründe entgegenstehen, diese auch eine Geltendmachung des anderen nicht zulassen. Daher scheint die oben dargelegte Auffassung des Reichsgerichts die richtige zu sein, jedoch auch mit der Einschränkung, die sie hinsichtlich der Möglichkeit der Einrede der Arglist gibt. Kaum bestehen Meinungsverschiedenheiten über die Anwendungsmöglichkeit des § 393 BGB. auf das Retentionsrecht, ob also der Schuldner gegenüber Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zurückbehalten darf. Vielmehr ist das Verbot der Aufrechnung gegen Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht auf das Zurückbehaltungsrecht übertragbar, nur das Retentionsrecht nach § 273 Abs. 2 BGB. ist gegenüber einer solchen Forderung ausgeschlossen[217]).

---

215) Enneccerus § 249 - I. 3 Anm. 8 S. 86.
216) Staudinger § 273 - II. 1 S. 243.
217) Kreß 4 A - b S. 572, Oertmann § 273 - 4c S. 136, JW. 09, 716.

Weiterhin kann die Geltendmachung der Zurückbehaltungs- bzw. Aufrechnungseinrede auf Grund der Vereinbarung der Parteien versagt sein, wobei diese ausdrücklich oder stillschweigend gegeben sein kann[218]). Das ist für das Retentionsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB.: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt" zu folgern. So würde eine Zurückbehaltung unstatthaft sein, wenn die Verpflichtung des Schuldners zur Vorleistung vereinbart ist[219]), oder falls die vorläufige Leistungsverweigerung die endgültige Nichterfüllung der ganzen Schuld zur Folge haben würde[220]). Dies trifft besonders zu bei Schulden mit absolut bestimmter Zeit, wenn dies ein Zeitpunkt oder ein sehr kurzer Zeitraum ist[221]). — In bezug auf die Aufrechnung wird die Zulässigkeit einer solchen vertragsmäßigen Bindung aus dem Wortlaut des § 391 Abs. 2 BGB. gefolgert: Gegen eine Forderung, bei der die Leistung vereinbarungsgemäß zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort zu erfolgen hat, ist die Kompensation mit einer Forderung, für welche ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen, und zwar wegen der Vermutung, daß die Parteien in diesem Falle eine Aufrechnung stillschweigend ausschließen wollten[222]). Ob so in dem Versprechen barer Zahlung ein Verzicht, aufzurechnen, zu finden sei, läßt sich nicht allgemein beantworten, kommt vielmehr auf die einzelnen Umstände an[223]). In der Vereinbarung der sofortigen rein netto Kasse bei Empfang der Faktura liegt der Ausschluß der Aufrechnung allerdings nicht[224]).

Schließlich kann sich ein Ausschluß beider Rechtsinstitute durch die Natur des Schuldverhältnisses ergeben. Allgemein wird anerkannt, daß bei einer Rechnungslegung der Berechtigte diese nicht verweigern kann, bis ihm die dadurch erst festzustellenden Auslagen ersetzt sind. Hier würde eine Zurückbehaltung gegen Treu und Glauben ver-

---

218) Staudinger § 273-I. 1b S. 240, Schlegelberger S. 154, Planck § 273-2a S. 173, RGR. Kom. 273-1a S. 443 u. a. Weigelin S. 113/114, Titze S. 53, Fischer-Henle § 387-5 S. 343.

219) Oertmann § 273-4a S. 134, Staudinger a. a. O.

220) RG. 54, 124.

221) Planck a. a. O.

222) Weigelin a. a. O.

223) Kreß schließt sie aus 4A-e Anm. 23 S. 558, a. M. Oertmann Vorbem. 4 S. 407.

224) Fischer-Henle § 387-5 S. 305.

stoßen[225]). Auch ist es unzulässig, ein Kind bis zur Erfüllung eines vermögensrechtlichen Anspruchs zu retinieren oder umgekehrt vermögensrechtliche Leistungen, um die Herausgabe eines Kindes zu erzwingen[226]). Besonders bei Omissivhandlungen wird ein Zurückbehaltungsrecht oft ausgeschlossen sein[227]). Handelt es sich um Unterlassungen zu einem absolut bestimmten Zeitpunkt, so ist es immer unstatthaft, zu retinieren, da dies über den Zweck des § 273, die Leistung des Gläubigers mittelbar zu erzwingen, hinausgeht und zur völligen Beseitigung des Gläubigerrechts führt[228]). Schließlich ist die Zurückbehaltung zu versagen, wenn sie nur zu Schikanezwecken dient[229]) oder durch die Verweigerung der Leistung dem Gegner ein unverhältnismäßig großer Schaden entsteht[230]). — Ähnlich wird aus der Natur des Schuldverhältnisses auch zuweilen eine Aufrechnung verboten sein, wenn auch sonst alle Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts gegeben sind. Läßt sich beispielsweise jemand von seinem Bankier für den Reisebedarf eine Zahlungsanweisung an eine Bank in einer anderen Stadt erteilen, so ist eine Kompensation dagegen ausgeschlossen. Auch aus einem Kontokorrentvertrag ist dasselbe zu folgern, denn die zum Kontokorrent gehörigen Forderungen sollen nicht einzeln zur Aufrechnung verwendet werden[231]).

Der Zweck der Leistung kann endlich auch noch der Geltendmachung der Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungseinrede entgegenstehen. — Allgemein wird angenommen, daß das eine wie das andere bei gesetzlichen Unterhaltspflichten und Altenteilsleistungen ausgeschlossen ist[232]). Hinsichtlich vertraglich begründeter derartiger Leistungen ist ein Verbot dann anzunehmen, weil und wieweit zu vermuten ist, daß die Berechtigten dabei ebenso gut gestellt werden sollen wie beim gesetzlichen Unterhaltsanspruch[233]). Eine Retention ist nach dem Zweck unstatt-

---

225) RG. 102, 110, Enneccerus § 249 - I. 4 Anm. 10 S. 86 u. a.

226) Staudinger § 273 - I. 1b S. 240.

227) Fischer-Henle § 273 - 1 S. 218, Planck § 273 - 2a S. 173 u. a.

228) Staudinger a. a. O.

229) Fischer-Henle a. a. O.

230) Warneyer § 273 - V. S. 459, Staudinger a. a. O.

231) Oertmann Vorbem. 4 S. 407.

232) Planck § 273 - 2a S. 173 — § 387 - 3 S. 587, Oertmann § 273 - 4a S. 234 — Vorbem. 4 S. 407 u. a.

233) Oertmann Vorbem. 4 S. 407.

haft weiterhin bei Entschädigungsrenten nach § 844 Abs. 2 BGB., nicht bei solchen nach § 843 BGB.[234]), ebenso wie eine Aufrechnung nicht beim Geldwechseln[235]) stattfinden darf oder gegen Forderungen öffentlich-rechtlichen Charakters, falls das Gesetz, auf dem die Abgabepflicht beruht, die Barzahlung verlangt[236]).

§ 6.

UNTERGANG DES ZURÜCKBEHALTUNGS- UND AUFRECHNUNGSRECHTS.

Auch die Gründe für das Erlöschen beider Rechte sind, abgesehen von zwei für das Retentionsrecht speziell gesetzlich geregelten Fällen, die gleichen.

Zunächst gehen beide Einreden unter, wenn ihre oben besprochenen Voraussetzungen nachträglich wegfallen. Weiterhin wird durch Erlöschen der Forderung, zu deren Sicherung das Recht bestand, also durch Zahlung, Hinterlegung auch der Untergang des Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechts bewirkt[237]). Ein Verzicht des Berechtigten beseitigt sie gleichfalls, jedoch ist dabei zu beachten, daß dieser vom Schuldner angenommen sein muß, da das BGB. einen Verzicht nur in Form eines Vertrages kennt[238]). Streitig ist für das Retentionsrecht insbesondere der Fall, ob es mit dem tatsächlichen, wenn auch unfreiwilligen Aufhörung der Inhabung erlischt. Die Motive[239]) bejahen diese Frage, wie auch Staub[240]), der ausführt, daß, wenn der Gläubiger den Besitz aufgibt, er damit auch die Möglichkeit und das Recht, zurückzuhalten, verliert, wobei nach seiner Meinung auch nach Wiedererlangung der Sache im Falle einer freiwilligen Besitzaufgabe das alte Recht nicht wiederauflebt. Die gegenteilige, von Schollmeyer[241]) vertretene Ansicht stützt sich darauf, daß die Retentionseinrede in

234) Oertmann § 273-4a S. 234.
235) Planck § 387-3 S. 587.
236) RGR. Kom. § 387-4 S. 583.
237) Staub Vorbem. § 369 HGB. A 63 S. 746, Weigelin S. 179.
238) Schlegelberger S. 183, Leonhard S. 160, Staub a. a. O. S. 747.
239) Mot. II. S. 43.
240) Staub a. a. O.
241) Schollmeyer § 273-5 S. 92.

der Befugnis besteht, die geschuldete Leistung zu verweigern, diese aber dem Retinenten durch den Verlust der Inhabung nicht verloren gehen kann. Nur der Sicherung durch Zurückhaltung der eigenen Leistung könne dieses Geschick widerfahren und das möglicherweise auch nur zeitweilig.

Die beiden gesetzlich besonders geregelten Untergangsgründe für das Zurückbehaltungsrecht sind folgende: Einmal erlischt das Retentionsrecht bei der Konkurseröffnung, wenn die zurückbehaltene Leistung bzw. der Anspruch auf dieselbe nach § 1 KO. zur Konkursmasse gehört. Es wird demnach durch die Konkurseröffnung insoweit nicht betroffen, als es an einem der Zwangsvollstreckung nicht unterliegenden Gegenstand besteht[242]). Das Zurückbehaltungsrecht bleibt auch noch in den Fällen bestehen, in denen auf Grund gesetzlicher Anordnung die Gegenansprüche im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können (§ 63 KO.). Der andere besondere Grund für das Erlöschen der Retentionseinrede ist im Fall der Sicherheitsleistung nach § 273 Abs. 3 BGB. gegeben. Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dem Schuldner durch das Zurückbehaltungsrecht nur Sicherheit dafür zu gewähren, daß er die geschuldete Leistung überhaupt erhält. Jedoch muß er sich, wenn der Gläubiger das wünscht, mit jeder anderen nach den Grundsätzen der §§ 232 ff. BGB. gestatteten Art der Sicherheitsleistung begnügen. Nur eine solche durch Bürgenstellung kann er ablehnen, da diese nicht dieselbe Sicherheit gewährt. Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Debitors ungenügend, so findet § 242 BGB. Anwendung. Wenn der Schuldner das Unzulänglichwerden der Sicherheit selbst verschuldet hat, so ist ihm eine Zurückbehaltung versagt. Auch kann er nicht nochmalige Sicherstellung fordern[243]). Nicht zuzustimmen dürfte der von Schollmeyer[244]) und Schlegelberger[245]) vertretenen Ansicht sein, daß die Sicherheitsleistung das Retentionsrecht selbst beseitigt, es also nicht zum Erlöschen bringt, sondern nur seine Ausübung hemmt. Vielmehr wird man mit Oertmann[246]) durch die Stellung der Sicherheit das Einrederecht des Schuldners als untergegangen ansehen müssen.

242) Schlegelberger S. 185.
243) Planck § 273-4 S. 175, Schlegelberger S. 183.
244) Schlegelberger S. 179.
245) Schollmeyer § 273-4 S. 92.
246) Oertmann § 273-7 S. 132.

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 5. März 1904 zu Duisburg geboren, besuchte die dortige Oberrealschule und bestand an dieser Ostern 1922 die Abiturientenprüfung. Daraufhin arbeitete ich ein Jahr lang als Volontär in einer Maschinenfabrik und bezog Ostern 1923 die Technische Hochschule Stuttgart, um Ingenieurwissenschaften und Wirtschaftswissenschaften zu studieren. Im Frühjahr 1924 unterbrach ich mein Studium und begab mich nach den Vereinigten Staaten von Nordamerika. Dort arbeitete ich in einem Export- und Importbetrieb und kehrte Herbst 1924 nach Deutschland zurück. Zum Wintersemester bezog ich die Technische Hochschule München und hörte an deren wirtschaftswissenschaftlichen Abteilung betriebswirtschaftliche, volkswirtschaftliche, technische und juristische Vorlesungen. Ostern 1926 bestand ich die Diplom-Vorprüfung und am Ende des Sommersemesters 1927 die Diplom-Hauptprüfung für „Wirtschafter". Dann *immatrikulierte* ich mich an der Universität Rostock, um Rechtswissenschaften zu studieren, und bestand am 4. Dezember 1929 die Prüfung als Doktor der Rechte. — Ich hörte in Rostock rechtswissenschaftliche Vorlesungen und Übungen u. a. bei den Herren Prof. Dr. Gieseke und Prof. Dr. Henle und möchte nicht versäumen, ihnen für die mannigfachen Anregungen an dieser Stelle meinen Dank auszusprechen.